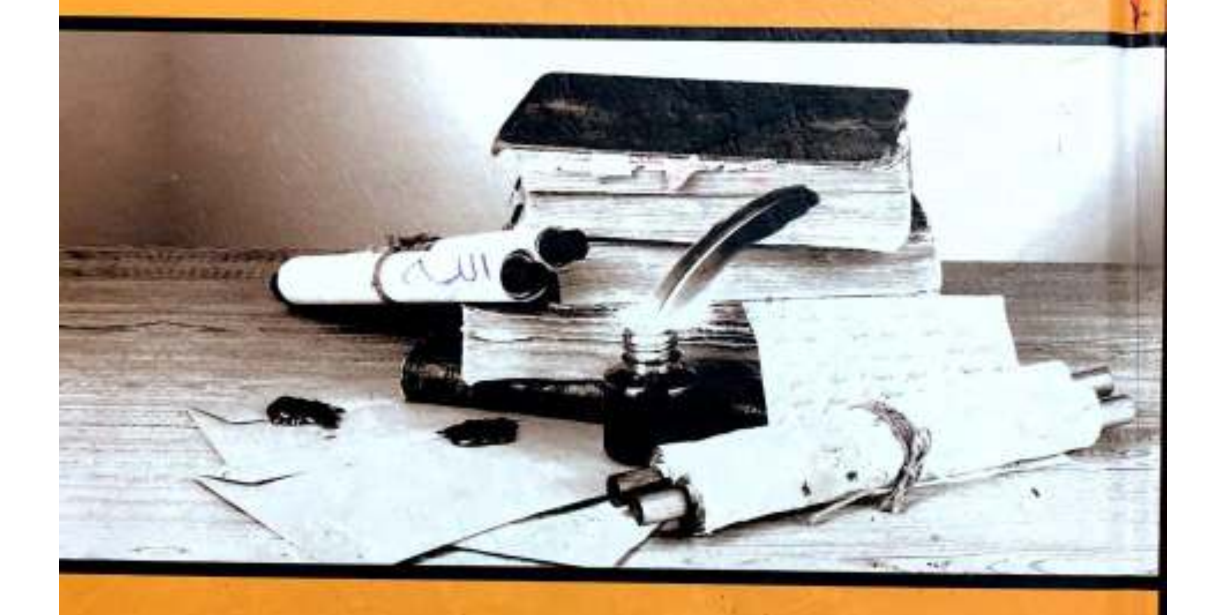


الموجز في العقود المسماة

البيع - الإيجار - المقاولة

الدكتور سعيد مبارك   الدكتور طه الملاحويش
الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي





العاتك لصناعة الكتاب
بيروت

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة :

تقسم العقود الى عقود مسماة وعقود غير مسماة (١) . والعقود المسماة هي العقود التي خصها المشرع باسم معين وتولى تنظيمها باحكام خاصة لشيوعها بين الناس في تعاملهم . اما العقود غير المسماة فهي تلك العقود التي لم يخصها باسم خاص ولم يتولى تنظيمها باحكام خاصة .

وكان للتمييز بين العقود المسماة والعقود غير المسماة اهمية خاصة في القانون الروماني فالعقود المسماة في ظل هذا القانون هي تلك العقود المعترف بها قانونا والمحمية بدعاوي خاصة . اما العقود غير المسماة فهي تلك العقود التي خرجت عن دائرة تلك العقود المعروفة والمحمية قانونا بدعاوي خاصة لعدم تاميتها وفقا لاجراءات معينة ينص عليها القانون(٢) .

اما اهمية التميز بين العقود المسماة والعقود غير المسماة ،في القانون الحديث ،فتبدو في كيفية تفسير هذة العقود ومعرفة الاحكام التي تسري عليها.

فالعقود المسماة تخضع لاحكام النصوص التي خصها المشرع بها ، فاذا لم يكن هناك نص يمكن تطبيقة ،وجب عندئذ الرجوع الى احكام النظرية العامة للعقد . اما العقود غير المسماة فانها تخضع لاحكام النظرية العامة للعقد . وقد نصت على ذلك المادة (٧٦) من القانون المدني بقولها (١.تسري على العقود المسماة القواعد التي يشتمل عليها هذا الفصل .

٢ .اما القواعد التي ينفرد بها بعض العقود المدنية فتقررها الاحكام الواردة

---

١. هناك تقسيمات اخرى للعقود ، اذ هي تنقسم الى عقود ملزمة للجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد ، والى عقود محددة وعقود احتمالية ، والى عقود تبرع وعقود معاوضة ، والى عقود رضائية وعقود شكلية وعقود عينية ، والى عقود مدنية واخرى تجارية .

٢. صبيح مسكوني ، القانون الروماني ، ص ٣٣ وما بعدها .

في الفصول المعقودة لهـــا • وتقرر قـوانين التجارة القواعـد الخاصـة بالعقود التجاريـــة) •

ويختلف عـدد العقود المسماة باختلاف الزمـان ، اذ اننـا لـو قارنـا القانـون المدنـــي العراقـــي بمجلة الاحكام العدليـة لوجدنا ان القانون المدني لاينظـم بعض العقود التـي كانت المجلة تنظمها ، بـل هـو ينظم عقود اخري جـديـدة كانـت في عداد العقود غير المسماة وقت نفاذ المجلة كعقود التأميـــن والمقامـــرة والرهان ، كما ان مـا لايعتبر مـــن العقود المسماة في مكان معين قـــــد يعتبر كذلـك في مكان اخـر •

والعقود المسماة اما أن ترد على الملكيـة كالبيع والهبة والتركـة والقـرض والدخل الدائم والصلح ، او ترد على الانتفاع بالشيء كالاجارة والاعارة ، أو ترد على العمل كالمقاولة والانتفاع والتزام المرافق العامـة والوكالـة وعقد الوريقة •

ولتعذر تدريس جميع العقود المسماة في خـــلال سنة دراسيـــــة واحـــدة وعدم جواز الاكتفاء بأحـدها فقد تقرر اختيار عقد مـــن كـــل مجموعـــة مـن المجاميـع الثلاثـة اعلاه ، حيث اختير ((عقد البيع)) مـن العقود التـــي ترد على الملكيـة ، و((عقد الايجار)) مـن العقود الواردة علـى الانتفاع بالشيء و((عقد المقاولـة)) مـن العقود الواردة على العمل لتدريسها ضمن المرحلـــة الثالثـــة •

وقـد قسم هذا المؤلف الى ثلاثـة كتب قام الدكتور سعيد مبـــارك بكتابة الكتاب المخصص لعقـد البيع ، والدكتور طـــه المـلا حويش بكتابـــه الكتـاب المخصص لعقد المقاولة ، والدكتور صاحب عبيد الفتلاوي بكتابة الكتاب المخصص لعقد الايجار مراعين في ذلـك الايجار غير المخـــل •

واللــــه الموفـــــق ...

المؤلفـــــون

الكتـــاب الاول

عقـــــد البيـــع

تأليـــــف

الدكتـــــور

سـعيد عبد الكريم مبــارك

أسـتاذ متمرس في جامعـــة بغـــداد

استاذ في كلية التراث الجامعـــة

خصص المشرع العراقي الفصل الاول من الباب الاول من الكتاب الثاني لعقد البيع وقسم هذا الفصل الى فرعين ، تكلم في اولهما عن البيع بوجه عام، وفي ثانيهما عن بعض انواع البيوع • ثم قسم الفرع الاول الى ثلاثة اقسام خصص اولها لاركان عقد البيع ، وثانيها لالتزمات البائع ، وثالثهما لالتزامات المشتري • كما قسم الفرع الى ثلاثة اقسام ، تناول في اولهما بيع الاولياء والوكلاء وشراءهم لانفسهم ، وفي ثانيهما بيع الحقوق المتنازع فيها ،وافرد ثالثها للمقايضة •

وسندرس احكام البيع وفق خطة ، بموجبها نقسم الموضوع الى ثلاثة ابواب : اولها لاركان عقد البيع ، وثانيها لاحكام عقد البيع ، وثالثها لانواع البيوع الخاصة • كما ونمهد لدراسة الابواب الثلاثة المذكورة بفصل تمهيدي نتناول فيه اصل عقد البيع ، وتعريفه وطبيعته ، وخصائصه وتمييزه عن العقود الاخرى •

فصـــــل تمهيــــــدى

اصل عقد البيع ـ طبيعتـه ـ خصائصـه ـ تمييزه عــن غيـره مــن العقود

الفـرع الاول

اصل عقد البيع وطبيعتـه وخصائصـه

اصل عقد البيع هو المقايضة ، والمقايضة هي مبادلة سلعة بسلعة اخـري ، الا أن تعدد الروابط الاجتماعية وازدياد حاجات الناس اظهر عجز هـذه الوسيلة وعـدم كفايتها في اشباع تلك الحاجات لان مـن يريد الحصول علـى سلعـة قلما يجد مالكا راغبا فيما هو زائد عـن حاجته ، ولذلك بحث الانسان عن سلعة اخرى ذات منفعة عامة تنسب اليها قيم باقي السلع ، وتوصل الى المعادن ، ثـم تولت الدولة سك هذه المعادن ، وحددت حجمها ووزنها مقدما ، وظهـرت اخيرا النقود الورقية التي حلت محل المعادن في التداول . وهكـذا ظهر البيـع ...اء الحدث مـن تاريخ ظهور النقود .

١ ـ البيع في القانون الرومانـي (١)

وكان عقد البيع عند الرومان من عقود التراضي ، الا انه لـم يكن ناقـلا للملكية ، بـل كان يلزم البائـع بتمكين المشتري مـن وضع يده علـى المبيـع وحيازته حيازة هادئة ولاقتصار حـق التملك والزام الغيـر علـى الرومـان وحدهم ، ولمـا كانت الضرورات تستلزم التعامل مـع غير الرومان ولمـا كـان الاجانب لايمكنهم ان يتعاملوا علـى شراء شيء مـن دون ان يلتزم البائـع بأي التزام ، فقد اضطر المشرع الروماني ، بموجب قانون الشعوب ، الـى ان يرتب للبيع اثرا واحدا هو التزام البائع بتمكين المشتري مـن وضـع اليـد وفي الحيازه الهادئة حتى يتيسر للرومان التعامل مـع الاجانـب .

---

(١) مسكوني ص ١٦٠ ومـا بعدهـا .

ومع ذلك كان للمشتري الاشتراط في العقد على البائع ان ينقل لـه ملكية المبيع ، لان هذا الشرط لايتعارض مع طبيعة البيع ، الا انـه كـان يمتنع على البائع ان يشترط عدم نقل الملكية الى المشتري لتعارض الشرط الاخير مع طبيعة عقد البيع .

٢- البيع في القانون الفرنسي :

امـا القانون المدني الفرنسي فانـه وان كـان قـد تخلص مـن الصيغ والرموز المعروفة عند الرومان ، الا انه ابقى على التسليم واعتبره الطريق المعتاد لنقل الملكية ، ولكن تطور هـذا القانـون ادي الى ان ينتهي الامـر بـه بالاكتفاء بالتسليم الصوري . فقـد كـان يكفي لاعتبار تمـام التسليم مجـرد ذكـر ان التسليم قـد وقـع في العقد ، وان كـان هذا البيان مخالفـا الـ...ة .

واختلف الفقـه حـول تفسير المـادة ١٥٨٢ التـي تعرف البيع بقولـه انه هـو (عقد يلتزم بـه احـد الطرفين بتسليم شيء ويلتزم الاخـر بـدفع الثمن ويجوز أن يتم بعقد رسمي او عـرفي) (١٥٨٢ م فرنسي)

البعض منهم يـرى ان عقد البيع لاينقل الملكيـة الى المشترى ، لان المـادة اعـلاه تلزم البائع بتسليم المبيع ، ويذهب الرأي الراجـح الى ان المواد الاخـرى مـن القانون الفرنسي تكمل نص المـادة ١٥٨٢ وتقطع في ان عقد البيـع ناقل للملكية كالمادة ١١٣٨ التـي تقرر أن الالتزام بنقل الملكية يتم بمجرد اتحاد ارادة الطرفين والمـادة ١٥٣٨ التي تقرر انتقال الملكية الى المشترى مـن وقـت اتفاق الطرفين على المبيع والثمن ، حتى ولـو لـم يسلم المبيع اليـه او يدفـع الثمن الى البائـع .

٣- البيع في الشريعة الاسلامية والقانون المدني المصرى والعراقـي :

تعرف المـادة ١٠٥ مـن المجلة عقـد البيع بانـه (مبادلـة مـال بمـال ويكون منعقدا وغير منعقد) وتعرفـه المـادة ٣٤٣ مـن مرشد الحيران بقولها (عقد البيع البائـع مالا للمشتري بمال يكون ثمنا للبيـع) .

فالشريعة الاسلامية تقر انتقال الملكيـــة بالعقد وبصورة مباشرة ، ولهذا يشترط فقهاء الشريعة لنفاذ البيع عند جمهورهم ولانعقاده عند بعضهم ، ان يكون البائع مالكا للمبيع ، مما يعني ان بيع ملك للغير موقوف على اجازة المالك حسب الرأى الاول ، وباطل حسب الرأى الثاني (١) وعلى الرأيين لااثر لبيع الفضولي ولايحل مالا قبل الاجازة(٢) .

ويعرفه القانون المدني المصري الجديد في المادة ٤١٨ منه بقوله (البيـــع عقد يلتزم بـه البائع ان ينقل للمشتري ملكية شيء او حقا ماليا اخر في مقابـل ثمن نقـدي) .

وينتقد بعض الفقهاء هـذا التعريف لانه لايشير الى انتقال الملكيــة بمجرد ابـرام العقـد(٣) .

كما انه يتكلم عـن نقل الملكية باعتباره اثـرا مـن الاثـار التـي تترتب علـى عقـد البيـع (٤)

وتعرف المـادة ٥٠٦ من القانون المدني العراقي عقد البيع بانـه هـو (مبادلة مـال بمـال) . (١٠٥م المجلة)

والتعريف اعلاه لايقتصر علـى البيع ، بـل يشمل المقايضة والصرف . كما ـه لايشير الى انتقال الملكيـة الى المشتري بمجرد تمام البيع وضرورة كـون الثمن الذى يلتزم بـه المشترى مبلغا مـن النقود (٥)

(١ – ٢) احمـد ابـو الفتح ـ المعاملات في الشرع الاسلامي ـ ج ٢ص ٢٤ ، احمد ابراهيم المعاملات الشرعية الماليـة ١٩٣٦ ص ١١٥ ومـا بعدها . علي الخفيف ـ محاضرات في فقه الكتاب والسنـة ص١١٥ .

(٣) سليمان مرقس ومحمد علي امـام ، عقد البيع ١٩٥٢ ص ٢٣ وخلاف هـذا الرأى السنهوري جص٢٢ هامش رقم (١) .

(٤) محمد لبيب ـ عقد البيع ـ ١٩٦٦ ص٧ .

(٥) عباس الصراف ـ البيع والايجار ص٣٠ غني حسون طـه ـ البيع ـ ١٩٧٠ ص٢٢ سعدون العامري ، البيع والإيجار ، ١٩٧٠ ص١٢ حسن على الذنون البيـع ـ ص١٨ .

ولذلك فاننا نفضل التعريف الوارد في المشروع الاول والذي وضعه المرحوم الاستاذ السنهوري ، اذ انه عرفه بانه (مبادلة نقد بغيره من المال) .

ومع ذلك يعتبر البيع في التشريع العراقي ناقلا لملكية المبيع المعين بالذات بمجرد انعقاد العقد (٥٣١ م مدني) .

واذا كان المبيع عقارا ، وجب لانعقاد البيع تسجيله في دائرة التسجيل العقاري . فالعقد لاينعقد كما ان الملكية لاتنتقل الا بتسجيل العقد في الدائرة المذكورة (٥٠٨م مدني و٣ تسجيل عقاري) .

الفرع الثاني

خصائص عقد البيع

يمتاز عقد البيع بالخصائص التالية حيث يعتبر بموجبها :-

١ - من العقود الملزمة للجانبين

لان كلا من الطرفين دائن للطرف الاخر ومدين له . فالمشترى دائن للبائع بالعين المبيعة . ومدين له بالثمن . والبائع مدين للمشتري بالعين المبيعة ودائن له بالثمن .

٢ - من عقود المعاوضات :

لان كلا من الطرفين ياخذ مقابل ما يعطي فالمشتري ياخذ العين المبيعة مقابل دفع الثمن ، والبائع ياخذ الثمن مقابل العين المبيعة .

وتبدو اهمية اعتبار البيع من التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع في اشتراط اهلية التمييز لدى المتعاقدين كركن للانعقاد واشتراط البلوغ كشرط لنفاذه في حق أى واحد منهما . (المادة ٩٧ من القانون المدني) .

٣ ـ مـن العقود الرضائية في الاصل .

(والقاعـدة ان البيع مـن العقود رضائية ، اذ يكفي لانعقاده مجرد اتحاد القبول بالايجاب ولكن هذه القاعـدة غير مطلقة ، لان المشرع قـد يخرج عليهـا لسبب مـن الاسباب كما هـو الحال في بيع العقار (٥٠٨م مدني) ع

والشكلية من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على خلاف ، اما الرضائيـة فليست من هذا النظام ، وبالتالي فليس هناك من مانع يمنع المتعاقدين مـن اشترط الشكلية ركنا لانعقاد البيع ، وفي هـذه الحالة لايكفـي مجـرد الايجاب والقبول لانعقاد البيع ، بـل يلزم لذلك ايضا توافر الشكل المتفق عليـه بين الطرفيـن .

الا ان اشتراط المتعاقدين او القانون شكلا خاصا لاثبات البيع لايغير مـن صفة العقد الرضائية ، فما دام يكفي في وجود العقد رضاء الطرفين فالعقد رضائي حتى لـو اشترط القانون او الاتفاق لاثباته الكتابـه .

وفي حالة غموض قصد الطرفين فان بعض التشريعات تقبل قرينة بموجبها يفترض أن اشتراط الكتابة انما ورد لغرض جعلها ركنا للانعقاد . ولكن هـذه القرينة قرينة بسيطة قابلة لاثبات العكس (١)

ولايوجد حكم في التشريعين المصرى والعراقي ، ولكن يذهب الرأى الراجـح الى اعتبار الكتابة عند الشك للاثبات لا للانعقاد لان الاصل في العقود الرضائيـة وان الشكلية ترد عليها استثناء (٢) .

٤ ـ عقد ناقل للملكيـة :

فالاصل في عقد البيع انه عقد ناقل للملكية بطبيعته ،لان القصد منـه هـو نقل ملكية المبيع الى المشترى ولكنه اذا كان انتقال الملكية من طبيعة العقد ألا انه ـ

---

(١) المادة ١٥٤ من القانون المدني الالماني والمادة ١٦ من قانون الالتزامـات السويسرى .

(٢) السنهورى ج ١ص ١٥٢ هامش (١) عكس هذا الراى : سليمان رقسس محمد على امام ص٢٥

ليس من مستلزماته ، كما في حالـة اتفاق الطرفين على ارجـاء انتقال الملكيـة الى فترة لاحقة ، وكذلك في بيع الاشياء المعينة بالنوع والبيع بخيار الشرط (١) الا انه لايجوز اشتراط عدم انتقال الملكية لتعارض ذلك مع طبيعة هذا العقـد ٠

٥ ـ من العقود المحددة في الاصـــل :

وعقد البيع يعتبر في الاصل من العقود المحددة ، لان بامكان كـــل مـــن البائع والمشترى تحديد التزاماته وحقوقـه وقت ابـرام العقد ٠ ولكـن يجوز ان يكون من العقود الاحتمالية كما لو باع شخص عينا مقابل ثمن يدفع على شـــكل ايراد مرتب مدى حياة البائع ٠ فالثمن في هذه الحالة غير ثابت ، اذ قـد يقـــل او يزيـد بحسب طول او قصر عمر البائـع ٠

٦ ـ عقد المبيع فورى التنفيذ في الاصل :

فالغالب ان ينفذ المتعاقد ان التزاماتهما دفعه واحدة في الوقت المعين لذلـك في العقد ٠ ومع ذلك يجوز ان يكون عقد البيع مستمر التنفيذ كالاتفاق على تنفيذ الالتزامات العقدية على شكل دفعات متعاقبة ، كما هو الحال في عقود المشاركـة في الصحف والنشرات الدوريـــــة ٠

---

(١) البيع بخيار التعيين هو البيع الذى ينصب على احـد اشياء معينـــــة ويكون وفاء البائع باحدها مبرئا لـه ٠

الفـــــرع الثالـــث

تمييز عقد البيع عن غيره من العقـــــود

قد تظهر عقود تأخذ قسما من اوصافها من البيع والقسم الاخر من عقـــود اخرى غير البيع ، فيقوم الشك حينئذ حول نوع هذا العقد ·

ونظرا لما لتحديد نوعية العقد من اهمية ، فمن الضروري التميز هنـــا بين عقد البيع وبين هـذه العقود التي تقترب منه او تختلط به بشكـــل مـــن الاشكال وهـــي :

١ـ البيع والهبـــــة : ـ

الهبة تمليك مال لاخر بلا عوض · فالعوض هو الذى يميز البيع عن الهبـــة، ومع ذلك قد تكون الهبة بعوض فما الحكم في هذه الحالة ؟ اذا تبين من الوقائـع وجود نية التبرع فـالعقد هبة حتى واشتراط العوض في العقـد والا فيعتبر بيعـا ومسالة وجود او عدم وجود نية التبرع مسالة وقائع يكشف عنهـــا قاضـــي الموضوع ولا رقابة لمحكمة التمييز عليه ·

ومن القرائن التـي تدل على وجود نية التبرع اشتراط الواهب دفـــع العوض الى شخص ثالث · ولكن اذا كان العوض مـن النقود وكانت تســاوي او تقارب قيمة الشيء الموهوب فالعقد بيع لا هبة في هـــذه الحالة ، لانعـــدام نية التبـــرع ·

٢ ـ البيع والوصيـــة :

البيع هو تمليك البائع(للمشتري)المبيع في الحال مقابـل ثمـن معين · امـــا الوصية فانـها تمليك بلا عوض مضاف الى مابعد الموت ·

ولكن قـد يحاول البعض التحايل على القانون ، فيعمد مثلا الى تصويـــر الوصية بصورة عقد بيع فينص في العقد ان الاب باع ولده فلان المال الفلاني بمبلغ معين على ان لاتنتقل ملكية المبيع الى المشتري الا بعد وفاة البائـــع ·

ان هذا العقد ما هو في الحقيقة الا وسيلة لاخفاء وصية مستترة . توصل بها الاب لمنع بقية الورثة من استعمال حقهم في اجازة او عدم اجازة الوصية فيما يزيد على ثلث التركة .

في مثل هذه الحالات يترتب على القاضي ان يطبق احكام الوصية لا احكام البيع ، الا اذا لم يجد سندا لاعتبار العقد بيعا .

ان وصف التصرف بانه بيع او وصية يخضع للظروف الموضوعية التي تم فيها التصرف ومن ثم للقاضي بحسب هذه الظروف استخلاص التكييف الملائم للعقد .

ويلاحظ ان المادة ٩١٧ من القانون المدني المصرى تنص في هذا الصدد على انه (اذا تصرف شخص لاحد ورثته واحتفظ باية طريقة كانت بحيازة العين التي تصرف فيها ، وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته ، اعتبر التصرف مضافا الى مابعد الموت وتسرى عليه احكام الوصية مالم يقم دليل يخالف ذلك) .

فالمشرع المصرى ، يقبل في هذا الصدد قرينة قانونية ، بمقتضاها يعتبر التصرف لاحد الورثة وصية ، اذا احتفظ المتصرف بحيازة العين التي تصرف فيها او بحقه في الانتفاع بها مدى حياته . الا ان بالامكان اثبات خلاف هذه القرينة . ولعدم وجود نص مماثل للنص اعلاه في التشريع العراقي ، فان وصف التصرف بانه بيع او وصية يكون متروكا للقضاء ان يقدره بحسب الظروف الموضوعية التي تم التصرف فيها (١) ، ومع ذلك يشاهد بان المشرع العراقي يعتبر التصرف الناقل للملكية والصادر من المورث في مرض الموت في حكم الوصية ، اذا كان على سبيل التبرع . (١١٠٩م مدني) .

٣ - البيع والوديعة

الوديعة عقد بموجبه يحيل المالك او من يقوم مقامه حفظ ماله الى اخر ولايتم الا بالقبض ويلتزم الوديع بان يرده عينا (٩٥١م مدني) . فالملكية في البيع تنتقل من البائع الى المشترى مقابل عوض . بينما لاتنتقل في

(١) غني حسون طه ص٤٧ . الصراف ص٣٥ .

الوديعة ، ومع ذلك قد يصعب التمييز بينهما في الاحوال التي يسلم فيها شخص لاخر شيئا لبيعه على ان يرد ثمنه او الشيء نفسه عند عدم التمكن من تصريفه · كما لو اودع المؤلف نسخا من مؤلفه لدى احدى المكتبات ليتولى صاحب المكتبة بيعها مقابل اجر معين يستقطع من الثمن ·

استقرت احكام المحاكم الفرنسية على ماقضت به محكمة النقض والابرام عام ١٨٦٠ في قرار لها ،عتبرت بموجبه العملية الواقعة بين تاجر الجملة وتاجر المفرد عقد بيع لان من مقتضيات عقد الوديعة الزام الوديع برد نفس العين المودعة · الا ان الخيار الذى يملكه تاجر المفرد بين رد الثمن او نفس العين يجعل هذه العملية عقد بيع معلق على شرط ·

ويذهب بعض الشراح في مصر الى اعتبار العملية بيعا معلقا على شرط فاسخ لان العقد وان كان يشبه الوديعة الا انه يختلف عنها في ان الوديع يلتزم برد الوديعة عينا بينما لصاحب المكتبة الحق في رد نسخ الكتاب او ثمن ما باع منها بعد خصم حصته من الثمن · علاوة على ذلك فان ملكية الكتب تنتقل الى صاحب المكتبة ، مع احتفاظه بحق العدول عن الشراء اذا لم يتم تصريف الكتب(١)·

والرأى الراجح هو الذى يستوجب تكييف العقد بحسب نية الطرفين المتعاقدين · وهذة النية يمكن استخلاصها من ظروف التعاقد وشروطه فالعقد قد يكون بيعا ناجزا او معلقا على شرط واقف أو فاسخ ،أو عقد وكالة بالبيع بحسب الاحوال(٢) ·

٤ ـ البيع والمقايضة :

اذا كان الثمن مبلغا من النقود فالعقد بيع ،واذا كان شيئا اخر من غير النقود فالعقد مقايضة ·

ولكن قد يصعب التمييز بينهما في بعض الحالات كما لو كان المقابل سبائك ذهبية اواوراق مالية كالاسهم والسندات ،حيث يلاحظ ان بعض الشراح

---

(١) مرقس امام ف٢٥ ·
(٢) غني حسون طه ص ٤١ · قارن : الصراف ص ٣٢ ·

يذهبون الى اعتبار العقد بيعا في هـذه الحالة ،لان هـذا المقابل ليس مقصودا لذاته بل النقود التي يمكن الحصول عليها عن طريقه ،اما الرأى الراجح فينهب الى اعتبار العقد مقايضة ،لان المقابل وقت التعاقد ليس من النقود خاصة وان القول بخلاف ذلك سيؤدي الى اعتبار المقايضة بيعا كلما امكن تقييم احد البدليـن(١) ٠

ولكن ما الحكم اذا كان المقابل بعضه من النقود وبعضه من غير النقـود؟ يذهب الرأى الراجح (٢) الى وجوب اخذ نسبة النقود الى قيمة المـال الاخر بنظر الاعتبار ٠ فاذا كانت النقود هي العنصر الغالـب كـان العقد بيعا والا كان مقايضـة ٠

اما اذا كان المقابل نصفه من النقود والنصف الاخر من غير النقـود فالعقد في هذه الحالة يعتبر عقدا مركبا من البيع والمقايضة(٣) ٠

كما ان الرأى الراجح يذهب الى اعتبار العقد بيعا في حالة مـا اذا كـان المقابل ايرادا مرتبا مدى الحياة ، بداعي ان الثمن هو من النقود وان كـان مقدرا على وجـه احتمالي في صورة الايراد ٠

وللتمييز بين البيع والمقايضة اهميته العملية ٠ فالمادة ٥٨٣ من القانـون المدني تنص على ان (نفقات عقد البيع ورسوم التسجيل وغيرها مـن الرسـوم واجرة كتابة السندات والصكوك وغير ذلك من المصروفات التـي يقتضيهـا البيع تكون على المشترى ، مالم يوجد اتفاق او عرف يقضي بغير ذلـك) ٠ فـي حين أن المادة ٦٠٠ مـن نفس القانون تنص علـى ان (مصروفات عقد المقايضـة وغيرها من النفقات الاخرى يتحملها المتقايضات مناصفة ، مالم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلـك) ٠لان كل من الطرفين فيه بائع ومشترى في نفس الوقت ٠

(١ـ٣) السنهورى ج٤ ص ٢٩ ٠منصور مصطفى منصور ص٢٨ ٠العامرى ص٢٥ غني حسون طـه ص٤٢ ٠مرقس امام ص ٨٥ ٠

ب- البيع والايجـــار :

البيع يرمي الى نقل ملكيــة المبيع الى المشترى ، بينما عقــد الايجار يقتصر على تخويل المستأجر صلاحية الانتفاع بالماجور ، ومع ذلك يصعب التمييز بينهما في الحالتين التاليتين :

اولا ـ وقوع العقد على الثمار والحاصلات :

قــد يتفق الطرفــان على تخويـــل احدهما صلاحيـــة جني ثمار الشيء وحاصلاته مدة معينة في مقابل عوض معين فهل يعتبر العقد في هــذه الحالة بيعــا ام انــه عقـــد ايجـار ؟ .

يعتبر البعض العقد بيعا اذا ورد العقد علـى الحاصلات لان الحاصلات كالمعادن والفحم يقتطع من اصل الشيء ٠امـــا اذا ورد العقد على الثمــار فانــه يعتبر ايجارا في هــذه الحالة ،لان الثمرات كمنتجات الارض ،دوريــة تتجدد دون انتقاص مــن اصل الشيء .

ولايمكن الاخذ بهذا الراى مطلقا لان ليس هناك من مانــع يمنع المتعاقدين مــن بيع الثمار نفسها وهي ماتزال في الارض ٠كما انــه لامانع مــن ان يــؤجــر صاحــب المنجم منجمه ليستغلة المستاجر مقابل اجرة دورية ٠

يعتبر اخرون العقد بيعا لاايجار اذا كان حق المتصرف اليــه يقتصر علــى اخذ الثمار الناضجة المعــدة للنقل دون ان يكون لــه اى حــق على الشيء الاصلي المنتج للثمار ٠ اما اذا كان للمتصرف اليــه القيام بالاعمال اللازمة لانضاج الثمار وحصدها اضافة لحقة في اخذها ،فالعقد يعتبر في الحالة الاخيرة ايجــارا لابيعا ٠

والرأى الراجح يقتضي اخذ قصد المتعاقدين بنظر الاعتبار عند تكييف العقــد وللقاضي استخلاص هذا القصد من ظروف التعاقد ،ولا يخضع في ذلــك لرقابــة محكمة التمييز ٠ فمثلا يمكن اعتبار ورود العقد على الحاصلات قرينــة علـــى بيع لان استخراجها ينتقص من اصل الشيء ٠ كما يمكن اعتبار ورود العقد على اخذ الثمار قرينة على ان العقد ايجار لا بيع ،لان اخذ الثمار لا ينتقص من اصل الشيء ٠

وكل ذلك بشرط الايثبت من طرف اخر ان ارادة المتعاقدين قـداتجهت الى غير ذلـك ٠

ثانيـــا ـ الايجار الساتر للبيع (البيع الايجاري) :

الايجار الساتر للبيع عقد بموجبه يتم ايجار مال معين لمدة معينة مقابـــل اجر معين ،على ان ينقلب العقد بيعا اذا وفى المستأجر بجميع التزاماته وفاء تاما٠

اختلف الفقة حول تكييف هـــذا العقد ٠فالبعض يعتبره بيعـا مستترا معلقا على شرط فاسخ هـو اخلال المشتري بالتزامة في دفع الاقساط ويعتبـره اخرون باطلا ،لانه يؤدى الى خدع الجمهور ،اذ انه يوهمهم بأن حائـز المنقـول يسير الحال فيقرضونه ،موالا قد تضيع عليهم لانـه في الحقيقة غيـر ملـئ ويرى رأى ثالث بان العقد عقد مركب من البيع والايجار ، فهـو بيـع معلـــق على شرط واقف وايجار معلق على شرط فاسخ ٠

اما المشرع العراقي فيعتبره بيعا على شرط واقف هـو الوفـاء بجميـع اقساط الثمن ٠ (المادة ٥٣٤ من القانون المدني)

٦ ــ البيع والقرض بفائـدة

القرض هو دفع عين معلومة مثلية تستهلك بالانتفاع بهـا علـى ان يـــرد مثلها (٦٨٤م مدني)) بينما (البيع)مبادلـة مـــال بمبلغ مــــن النقود ٠الا ان بعض المرابين قد يلجأون الى التحايل على احكام القانون الخاصة بالفوائــــد فيصورون القرض بفائدة علـى انـه عقد بيع ٠كما هو الحال في عقد (المهاتـــرة) الذى بموجبه يشترى شخص بضاعة من شخص اخر بثمـــن مؤجل ،ثـم يبيعها الى نفس البائـع بثمن معجل يكون اقل من الثمن الـذى اشتراها بـــه ويقبض الثمن المعجل فورا ويظـــل مدينا بالثمن المؤجل وتعاد البضاعة الى صاحبهـــا الاول ٠

ان العملية المزدوجة اعلاه ليست في الحقيقة الا قرضا بربا فاحش ولكــــن لجا اليها المتعاقدين بقصد التحايل علـــى احكام القانون الخاصـــــة بالفائـدة القانونية ٠ فالمشترى المزعوم وكانه قد اقترض الثمن المعجل بفائده تعادل الفرق

بين الثمنين المؤجل والمعجل لذلك على القاضي اذا تبين لـه ان هـذه هـي نيـة الطرفين المتعاقدين تطبيق احكام القرض وتخفيض الفوائـد الفاحشـة الى الحد القانوني وفقا لاحكام المادتين ١٧١و١٧٢ من القانون المدنـي ٠

٧ ـ البيع والوفـاء بمقابـــل :

يتميز الوفاء بمقابل عن البيع من حيث انـه يفترض وجود التزام سابق ، في حين ان البيع عقد مستقل قائم بذاتـه ٠وعليه فصحة الوفاء بمقابل مرتبطـة بوجود هـذا الالتزام ٠

ومع ذلك يصعب التمييز بينهما في حالة ملكية شيء اعطي في مقابـل دين ٠ فهل يعتبر المدين بائـعا والدائـن مشتريا ؟

ان الوفاء بمقابل مزيج من التجديد والوفاء عـن طريق نقل الملكية ،فهـو يخضع لاحكام الوفاء لانه يؤدى الى ابراء ذمة المديـن ويخضع لاحكام البيـع لانـه ينقل ملكية المقابـل الى الدائن كما تنتقل ملكية المبيع الى المشترى(٣٩٩ ، ٤٠٠م مدنـــي)

٨ ـ البيع والمقاولـــة :

ان المقاولة تنصب على العمل بينما ينصب البيع على الملكية ٠ولكـــن الصعوبة تثور اذا تعهد المقاول بتقديم العمل والمواد معا ،فهل تعتبر العمليــة بيعـا او مقاولة ؟ الراى الراجح في الفقه يذهـب الى اعتبار العقد في هـذه الاحوال عقد بيع اشياء مستقبلة ، الا اذا كانت قيمة المواد المقدمة تافهـة بالنسبـــة الى عمل المقاول نفسه فالرسام الذى يتعهد برسم صورة لايعتبر بائعـا للقطعـــة الخشبية او لقطعة القماش التي يرسم الصورة ـ عليها ،لان قيمة هـــذه المـــواد تعتبر تافهـة اذا ماقورنت بقيمـة العمل الـــذى يقدمـة ٠وكذلـك الحكـم اذا تعهد المقاول باقامة بناء على ارض مملوكة لـرب العمل بادوات من عنـــده ،لان قيمة هذه الإدوات ثانوية بالنسبة لقيمة الارض ٠اما اذا كانـت الارض ملكـــا للمقاول الذى تعهد باقامة البناء بادوات من عنده فالعقد يعتبر في هـذه الحالـــة بيعا للارض في حالتها المستقبلية ٠ أى بعـــد ان يقام عليها البنـــاء ٠

اما اذا تقاربت قيمة المواد الاولية وقيمة العمل ،فالعقد يكون في هـــــذه الحالة مزيجا من بيع ومقاولة ،على حسب الرأى الراجح في الفقه ٠

ولايثور الخلاف في ظل التشريع العراقي ،لانه يسمح بـــان يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معا (٨٦٤،٨٦٥/٢م مدنـي) ٠

٩ ـ البيـــع والوكالـــة :

الوكالة عقد ينصب على عمل (٩٢٧ م مدني) ،اما البيع فينصب ـــى نقل ملكية او حـق عيني، ومع ذلك قـد تثور الصعوبة عند التمييز بين عقـــد البيع وبين مايدعـــى بـ(عقد التوزيع) الذى بموجبه تسلم احـد الطرفين بضاعة معينة لبيعها بثمن معين يؤدى الى صاحب البضاعة اومنتجها ،على أن يكـون لـه الحق في أن يـرد للمالك او المنتج مايتبقى من البضاعة دون بيع ٠فهل يعتبـــر العقد بيعا ام وكالـة ؟ الرأى الراجح يذهب الى أن العبرة هنا تكـــون بقصـــد الطرفين المتعاقدين ٠فاذا تبين من ظروف التعاقد وملابساته أن نيـة الطرفيـــن متجهـــة الى ان ينقل المالك حقه الى المتعاقد الاخر بحيث يصبح الاخير مالكـــا حقيقيا لهذا الحق فالعقد بيع والا فهو وكالـــة ٠

ولقاضي الموضوع سلطة تقديرية في هذا الصدد ،ولا يخضع في ذلـــك الى رقابـــة محكمة التمييز٠(١)

---

(١) السنهورى ج٤ص٣٠و٣١، العامـرى ص٢٣ ٠ غنـــي حسون طـــه ص٣٨

الباب الأول

أركان عقد البيع

البيع كعقد لاينعقد الا اذا توافرت له اركان كل عقد من رضا ومحل وسبب • وقد يشترط القانون الشكلية كركن رابع فيه •

والسبب في العقود الملزمة للجانبين مزدوج ،فسبب التزام احد الطرفين فيما هو تنفيذ التزام ،لطرف الاخر •ففي عقد البيع سبب التزام البائع •هو تنفيذ التزام المشترى ، وسبب التزام المشترى هو تنفيذ التزام البائع وحيث لاجديد في ركن السبب في عقد البيع فنحيل الى النظرية العامة للعقد •

والمحل في عقد البيع مزدوج ايضا •فمحل التزام المشترى هو الثمن ومحل التزام ،لبائع هو المبيع •

والتراضي في عقد البيع يخضع للاحكام العامة في نظرية العقد لذلك نحيل اليها مع التركيز على بعض الجوانب التي لها اهمية خاصة في عقد البيع •

واما بالنسبة للشكلية كركن من اركان عقد البيع فان القانون يعتبر هذا العقد في الاص من العقود الرضائية ويستثنى من هذا الاصل بعض هذه العقود فالمشرع يعتبر عقد بيع العقار من العقود لشكلية التي لاتنعقد الا بمراعاة الشكلية المقررة في القانون ،اى الا اذا سجلت في دائرة التسجيل العقارى(١) المواد ٩٠، ٥٠٨، ١٢ من القانون المدني والمادة ٣ من قانون التسجيل العقارى) والمادة من قانون المرور رقم ٤٨ لسنة ٩٧١ •تعتبر بيع المركبات من البيوع الشكلية التي لاتنعقد الا بتسجيله في دائرة المرور(٢)

كما ان القانون رقم ٦ لسنة ١٩٥٥ يعتبر تسجيل عقد بيع المكائن من البيوع الشكلية التي لا [illegible] الا بالتسجيل في دائرة الكاتب العدل

---

(١) يراجع ركن السبب في النظرية العامة للعقد والمادة ١٣٢ من القانون المدني

(٢) قرار محكمة التمييز (الهيئة [illegible] الثالثة) المرقم ٧٣٢م ٣ منقول ٩٨/٩٨٩في [illegible] منشور

وبالنسبة للبيوعات الجارية من قبل الجهات الرسمية عن طريق المزايدة كالبيع الذى يتم بواسطة مديريات التنفيذ ودوائر التسجيل العقارى فان المادة ٨٩ لقانون المدني تقرر بان العقد (لا يتم الا برسم المزايدة) ولكن مع ذلك يجب اخذ احكام القوانين الاخرى بهذا الشأن بنظر الاعتبار كالمادتين ١٠٢،٩٧ من قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ اللتين تقرران بان ملكية العقار المبيع في المزايدة تنتقل الى المشترى بانتهاء مدة العشرة ايام الممنوحة للمدين ،اذا لم يقم المدين خلالها بتسديد الدين وملحقاته وكان المشترى قد دفع البدل ورسوم ومصاريف التسجيل ٠

كما ينبغي مراعاة احكام قانون بيع وايجار عقارات الحكومة رقم ١٧ لسنة ١٩٦٧ ٠فحسب المادة الثامنة منه ينبغي تسليم المبيع الى المشترى بعد دفعه البدل او القسط الاول اذا كان البدل مقسطا حتى قبل تسجيل العقار باسمه في دائرة التسجيل العقارى ٠كما لايجوز لوزارة المالية العدول عن البيع واسترداده الا عن طريق المحاكم وذلك اذا امتنع المشترى عن تنفيذ التزاماته المقررة في المادة السادسة من نفس القانون ٠

ومعنى ذلك ان بيع العقار ينعقد دون حاجة للتسجيل في دائرة التسجيل العقارى اذا كان قد جري وفقا للقانون اعلاه ٠

وحسب احكام المادتين ٦١،٦٠ من قانون ادارة البلديات رقم ١٦٥ لسنة ٩٦٤، فان البيوع التي تتم بمقتضاه تعتبر ناقلة لملكية العقار الى المشترى من وقت صدور القرار بالبيع ودفع الثمن ،ولا يجوز للبلدية العدول عنها ٠

واهمية تسجيل هذه البيوع في دائرة التسجيل العقارى تقتصر على تمكين المشترى من التصرف بالعقار للغير (١) ٠

---

(١) جاء في قرار لمحكمة التمييز ان البيوع الواقعة على الاموال غير المنقولة من قبل الدوائر الرسمية تعتبر صحيحة وملزمة ولو لم يتم تسجيلها في دائرة التسجيل العقارى ،طالما جرت وفقا لاحكام القوانين المرعية ٠ القرار رقم ٤٥٠/ حقوقية ثانية / ١٩٧٠ في ١٥ /٤/ ٩٧٠(غير منشور) ٠

ويذهب راى الى انه بعد نفاذ قانون التسجيل العقارى وهو القانون الذى ينظم امور التسجيل العقارى من جميع جوانبها ،يجب لانعقاد البيوع التي تجريها الدوائر الرسمية وفقا لاحكام القوانين الخاصة تسجيلها في دائرة التسجيل العقارى وذلك بحكم الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون التسجيل العقارى التي اعتبرت التسجيل ركنا من اركان التصرفات العقارية(١)

ان هذا الرأى يستند الى ان قانون التسجيل العقارى هو قانون لاحق في صدوره على القوانين المشار اليها سابقا ·وبهذا الاعتبار فانه يلغي احكام القوانين المذكورة ويعدلها كلما تعارضت مع احكام القانون الجديد ·

الا اننا نرى رأيا اخر هو ان قانون التسجيل العقارى وهو تشريع جديد عام لايلغى او يعدل احكام القوانين المذكورة وانما تبقى الاخيرة سارية باعتبارها استثناء على قانون التسجيل العقارى ·

وعلى كل حال سنبحث التراضي والمحل في عقد البيع في فصلين متعاقبين ·

---

(١) مصطفى مجيد ،المرجع السابق، ج١ص ٥١ ·

الفصـــــل الاول

التراضــــــي

ان التراضي في عقد البيع من حيث الاهلية ووجوده وصحته يخضـــع لاحكام التراضي في النظرية العامة للعقد لذلك نحيل اليها ·ولكن مـن الضروري هنـــا التركيز على بعض جوانبه التي لها اهمية خاصة في عقد البيع ،ومـــن هـــــذه الجوانب ما يتعلق بوجود الرضا وصحته ،ومنها ما يتعلق بصور الرضا واوصافه هذا ماسنبحثـــه في الفرعين القادمين ·

الفــــــرع الاول

وجـود الرضا وصحتـــه

التراضي يعني اتحاد ارادتين ،اى اتحاد القبول بالايجاب على ابـــرام عقـــد البيع (١/٧٧م مدني) ·ولايكفي لانعقاد البيع مجرد وجود الرضا ، بـــــــــل ينبغي تراضي الطرفين بشأن جميع المسائل الجوهرية في العقد ·كما ان الايجاب قد يكون موجها للجمهور ، الامر الذى يقتضي دراسة ذلـــك في مبحثين ،نخصص اولهما للتراضي على المسائل الجوهرية ، وثانيهما للايجاب الموجـــــه للجمهور · ويضاف اليهما مبحث ثالث مخصص لسلامة الرضا من العيوب ·

المبحث الاول

التراضي على المسائل الجوهرية

المسائل الجوهرية في عقد البيع هي : طبيعة العقد والمحل (المبيع والثمن)· لذلك ينبغي لانعقاد عقد البيع تراضي الطرفين على هذه المسائل ولمـا كـــــان التراضي على هذه المسائل تخضع لاحكام التراضي على المسائـــل الجوهريـــة في النظرية العامة للعقد فنكتفي هنا بالاحالة اليها منعا للتكرار على انـه ينبغـي هنا الاشارة الى حالة خاصة بعقد البيع وهي حالة ماذا اراد البائـع البيــــــع

بثمن معين فقبل المشتري الشراء بثمن اعلى او عرض المشتري ثمنا فقبـــــــر البائـع بثمن اقل ٠فما الحكم من هذه الحالـــة ؟ ٠

تأخذ مجلة الاحكام العدلية باساس مطابقة القبول للايجاب ضمنا ٠وهــذه المطابقة الضمنية تتحقق اذا كان الايجاب يدخل ضمن القبول ٠ ويترتب علـــى ذلـك انه لو طلب البائـع الف دينار كثمن للمبيع ووافق المشتري علـى الشراء بالف وخمسمائة دينارا انعقد البيع على الالف دينار ،لان ايجاب البائـع دخـــل ضمن قبول المشتري فتتحقق المطابقة الضمنية (١) ٠الا ان المشتري يلتزم بالمبلغ الـذي عرضه، اذا قبل البائع الزيادة في المجلس ،لان كـلام المشتري في هــــذه الحالـــة يعتبر ايجابا جديدا وكلام البائـع قبولا فينعقد البيع بالثمن الاخير ٠ وكذلك الحكم فيما لو قال المشتري اشتريت منـك هـذا المال بالف دينار فقبـل البائع بثمانمائة دينار فان العقد ينعقد بالثمن الاخير ،ويلزم تنزيل المائتين مـن الالـف (المادة ٧٨ من المجلة) ٠

ويذهب الفقية الفرنسي ،بوتيه، الى القول بأن العقد ينعقد بالثمـن الاقل، لان المشتري وقد قبل بثمن اعلى من الثمن الذي يطلبــه البائع يعتبـــر راضيا بان يشتري بالثمن الاقل من باب اولى ٠

ولكن يرد على هذا الراي بالقول انه كما يمكن القول بان المشتري ،الـــذي يقبل الشراء بالثمن الاعلى فهو يقبل بالثمن الاقل ،فانه يمكن القول كذلك بـأن البائع الذي يرضى بالثمن الاقل الذي يعرضه فانه يقبل بالثمن الاعلى من بـــاب اولـــى ٠

وكنتيجة لهذا الانتقاد حاول انصار هذا الراى تعليل انعقاد البيـــع بالثمـــن الاقل باللجوء الى القواعد العامة التي تقضي بأن الشـك في الالتزامـــات يفســر في صالح المديـن ٠فالمشتري هــو المدين بـاداء الثمن فيجب ان يفسر الشـــك لمصلحته ،وتقضي مصلحة المشتري بالزامه بالثمن الاقل ٠

ويميز فريق اخر بين حالة ماإذا زاد المشتري في الثمن الـذي طلبــــه البائع او اذا انقص البائـع في الثمن نتيجة وقوعـه في الغلط ، وحالـة ما اذا زاد

(١) منير القاضي ج١ ص١٨٥

المشتري في الثمن او انقص البائع فيه وهو على بينة من الامر . ويقررون انعقاد البيع بالثمن الاقل في الحالة الاولى ،وعلى الثمن الاعلى في الحالة الثانيـــة لان الحل الاصلح للملتزم بالثمن ،وهو المشترى ،هو الذى ينبغي ان يؤخـذ بـــه في الحالة الاولى . وهذا الحل يقتضي انعقاد البيع بالثمن الاقل ! اما في الحالـــة الثانية فالبيع ينعقد على الثمن الاعلى لان زيادة المشترى في الثمن تعتبر تعديـلا لايجاب البائع وبالتالي يصبح قبول المشترى ايجابا جديدا موجهـــا للبائـــع بالثمن الاقل ولايحتاج لانعقاده الى قبول المشترى ،بل يعتبر سكوته في حكـــم القبول لان الايجاب الجديد نافع له نفعا محضا / وكذلك الحكم فيما لـــو قبـل البائع البيع بثمن اقل وهو على بينة من امره. ،اذ ان قبول البائـع في هـــــذه الحالة يعتبر ايجابا جديدا موجها الى المشترى ،ويعتبر الاخير قابـلا لـه بسكوته لان .لايجاب الجديد تمخض لمصلحته (١) .

ويذهب راى عندنا الى عدم انعقاد العقد في مثل هـذه الاحـــــوال لانـه يشترط ان يطابق القبول الايجاب في جميع المسائل التي يتناولها ، فاذا لـــــم تتحقق هـذه المطابقة انزل القبول منزل الايجاب واصبح مفتقرا الى قبـــــول للموجب والسبب في هذا ان قاعدة التطابق يجب الاخذ بها على اطلاقها ،فلورضـى المشترى بثمن يزيد على مايطلبه الموجب أو قبل البائع ثمنا يقل عما يعرضـــــه المشترى ،لم تتحقق المطابقة القانونية ،وان وجدت المطابقة الحسابية في الاقـــــل بين القيمتين .لانه اذا وقع الاختلاف في نطاق ما انصرف اليه القبول مـــــــن عناصر التعاقد بما هو في مصلحة الموجب انتفت مطابقـة القبول للايجاب قانونا . وهذه هي المطابقة المطلوبة وفقا للمادة ٨٥ من القانون المدني (٢)

وخلاصة الرأى اعلاه هي انه اذا قبل المشترى الشراء بثمـن اعلى مـــــن الذى طلبه البائـع لاتتحقق المطابقة المطلوبة في المادة ٨٥ مـن القانـون المدنـــي العراقي ويصبح قبول المشترى ايجابا جديدا مفتقرا الى قبول البائـع ومـن ثـم لاينعقد البيع لاعلى الثمن الاقل ولا على الثمن الاعلى .

(١) السنهوري ج٤ ص٤٣ هامش (١) مرقس امام ص٤٤ .
(٢) محمود سعد الدين الشريف ج١ ص١١٠

وينتقد البعض هذا الراى لانه يأخذ حكم المادة ٨٥ من القانون المدني العراقي بمعزل عن بقية نصوص هذا القانون وخاصة نص الفقرة الثانية من المادة ٨١ التي تنص على انه(ويعتبر السكوت قبولا بوجه خاص اذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الايجاب بهذا التعامل او اذا تمخض الايجاب لمنفعة من وجه اليه ·وكذلك يكون سكوت المشترى بعد ان يتسلم البضائع التي اشتراها قبولا لما ورد في قائمة الثمن من شروط) ·اذ بالجمع بين المادتين ٨١و٨٥ من القانون المدني العراقي يمكن القول بأنه اذا زاد المشترى في الثمن الذى طلبه البائع او انقص البائع من الثمن الذى عرضه المشترى فان ذلك يعتبر ايجابا جديدا ،فاذا صادف هذا الايجاب سكوتا من الطرف الاخر فان هذا السكوت يمكن اعتباره قبولا لتمخض هذا الايجاب لمصلحة الساكت (٢) ولا يوجد فرق بين هذين الرأيين فكلاهما يعتبر قبول المشترى بثمن اقل وقبول البائع بثمن اقل ايجابا جديدا يفتقر الى قبول · والقبول قد يكون صريحا او ضمنيا او عن طريق السكوت في الحالات الواردة في المادة ٨١ ومنها حالة تمخض الايجاب لمنفعة من وجه اليه ·

المبحث الثاني

الايجاب الموجه الى الجمهور

الغالب في الايجاب ان يكون موجها الى شخص معين بالذات ،فينعقد البيع في هذه الحالة اذا ما صادف قبول هذا الشخص ·

الا ان الايجاب قد يكون موجها الى الجمهور فما الحكم في هذه الحالة ؟ تنص المادة ٨٠ من القانون المدني في هذا الصدد على انه (١ـ يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها ايجابا ٢ـ أما النشر والاعلان وبيان الاسعار الجاري عرضي التعامل بها وكل بيان اخر متعلق بعروض او بطلبات موجهة للجمهور اوللافراد فلا يعتبر عند الشك ايجابا وانما يكون دعوة الى التفاوض) ·

---

(٢) الصراف ص٤٦ ·

فالمشرع يفرق بين الحالتين التاليتين :

١) عرض البضاعة في المتجر والاعلان عنها مع بيان ثمنها

ان عرض التاجر لبضاعته في واجهة المعرض مع بيان ثمنها يعتبر ايجابا موجها الى الجمهور .وهذا الايجاب يظل قائما وصالحا لان يقترن بـه قبول اى فرد من الجمهور مادام ان التاجر لم يرجع بعد عنه .

فالبيع ينعقد اذ تقدم احد افراد الجمهور بالقبول قبل ان يرجع التاجر عن ايجابه بسحب البضاعة من واجهة المتجر او يرفع الثمن المبين عليها .

والعقد .اذا ماتم فانه ينصب على البضاعة المعروضة في واجهة المتجر بالذات ولذلك لايجوز للمشترى المطالبة بتسليمه بضاعة مماثلة للبضاعة المعروضة في واجهة المتجر .ولكن للتاجر ان يسلم المشترى بضاعة مماثلة بدلا من البضاعة المعروضة ولايسوغ للمشترى المطالبة بالبضاعة المعروضة .لان تسليم هذه البضاعة بالذات يتطلب جهودا لامبرر لـه في اعادة تنظيم الواجهة واصرار مع بيان اثمانها .على أن يكون دخول المحل مباحا للجمهور (٢) .

والبائع يكون ملزما ببيع البضاعة المعروضة لاي شخص يتقدم للشراء في حدود الكمية المتوفرة لديه منها .لان الاصل في عقد البيع ان لااعتبار لشخصية المشترى والاحكام اعلاه لاتقتصر على البضائع المعروضة في واجهة المتجر مع اثمانها فقط .بل هي تسرى ايضا على البضائع المعروضة داخل المتجر مع بيا اثمانها .على ان يكون دخول المحل مباحا للجمهور (٢) .

ويعتبر اعلان التاجر عن بضاعته مع بيان اثمانها في الصحف اوالنشرات الخاصة التي توزعها المجلات التجارية على الجمهور .ايجابا صحيحا وصالحا لاقتران قبول اى فرد من الجمهور به .ويتوجب على التاجر ان يسلم البضاعة المعلن عنها لجميع الذين يتقدمون اليه لشرائها .على ان لاتكون البضاعة قد نفذت، لان ايجاب التاجر يسقط بنفاذ البضاعة المعلن عنها فنفاذ البضاعة المعلن عنها يعد بالنسبة للتاجر في حكم رجوع الموجب عن ايجابه(٢) .

(١-٤) مرقس وامام ف٣٥ . غني حسون طه ص٦٠ ص٤٦ .السنهوري ج٤ ص٤٩ .

ولكن لايجوز للتاجر الامتناع عن تلبية طلبات الراغبين في الشراء بحجة ارتفاع الاسعار من وقت ارسال النشرات الا اذا مضت مدة طويلة بين ارسال النشرات وتقدم العميل للشراء(١) ·

وكذلك يعد اعلان التاجر عن بضاعته ايجابا صحيحا حتى ولو لم يكن عند التاجر شيء من البضاعة التي اعلن عنها وقت الاعلان اوكان عنده منها قدرا يسيرا فقط ،اذ يفترض ان التاجر قد تعهد بايجابه ان يشترى من هذه البضاعة من السوق مايلبي طلبات الذين يتقدمون اليه بقبول والا فلا يبقى اى معنى لهذا الايجاب ·ولايجوز للتاجر في هذه الحالة الامتناع عن تلبية هذه الطلبات بحجة عدم وجود البضاعة في الاسواق او ارتفاع الاسعار أو الندرة التي طرأت على البضاعة بعد الاعلان والا فيلزم بالتعويض ·

ولكن يشترط لالزام التاجر بتلبية طلبات الراغبين في الشراء وقوع هذه الطلبات اليه ضمن المدة المحددة للايجاب اوفي المدة المعقولة التي يقررها القاضي في حالة عدم تحديد المدة المذكورة في الاعلان ·

كما يعتبر اعلان التاجر لبيع بضاعته بثمن معين يدفع على اقساط ايجابا ملزما له لذلك لايجوز للتاجر الامتناع عن البيع بحجة عدم اطمئنانه الى سداد المتقدم للشراء للاقساط المؤجلة مالم يكن قد احتفظ لنفسه بهذا الحق او تبين سبق اعلان افلاس اواعسار الراغب في الشراء وفقا للقانون

٢ـ عرض البضاعة أو الاعلان عنها دون بيان ثمنها :

اذا لم يكن عرض البضاعة او لاعلان عنها مصحوبا ببيان الثمن او كانت هناك بيانات عن الثمن لايستطيع العميل ادراك معناها ،فان العرض ،او الاعلان لايعتبر ايجابا في هذه الحالة بل مجرد دعوة للتفاوض (٢/٨٠م مدني؟ ·

والفارق بين الايجاب والدعوة الى التفاوض هو ان الاستجابة الى الدعوة الى التفاوض لاتعتبر قبولا يتم به العقد ، بل تعد ايجابا سالما لان يقترن به قبول صاحب الدعوة فاذا صدر هذا القبول بعد ذلك انعقد البيع ·

---

(١) المصدر السابق ·

المبحث الثالث

سلامة الرضا من العيوب

عيوب الرضا هي : الاكراه والغلط والغبن مع التقرير ،والاستغلال ٠ فاذا شاب أراد احد طرفي عقد البيع عيب منها،فان العقد يكون موقوفا ولمن شاب العيب ارادته اجازة البيع او نقضه خلال ثلاثة اشهر من الوقت الذى يزول فيه الاكراه، او يعلم بالغلط، او ينكشف فيه التقرير ٠فاذا مرت هذه المدة دون ان يصدر فيه شيء اعتبر العقد نافذا ٠اما الاستغلال فانه لايمنع من بقاء العقد وانما يخول المتعاقد الذى استغل حق المطالبة برفع الغبن الى الحد المعقول خلال سنة من وقت ابرام العقد ،اذا كان العقد من عقود المعاوضات ٠ اما اذا كان العقد تبرعا فله نقضه خلال نفس المدة (١٢٥م مدني) ٠

ان محل دراسة هذه العيوب بالتفصيل هو شروح النظرية العامة للعقد لذلك نكتفي بهذا القدر بشانها هنا ،ولكن لما كان للغلط في عقد البيع اهمية خاصة اذ يتصل اتصالا وثيقا باحكام الغلط في صفات المبيع وخيار الرؤية لذلك يكون من المفيد التطرق اليهما في المطلبين التاليين ٠

المطلب الاول

الغلط في صفات المبيع

الغلط هو توهم غير الواقع ٠ وعرفه الفقيه الفرنسي (سالي) بانه هو (عدم توافق الارادة الحقيقية ،اى الباطنة ،مع الارادة المعبر عنها، اى الظاهرة)

والمشرع العراقي يميز بين نوعين من الغلط :-

الاول يعدم الرضا ويجعل العقد باطلا مطلقا ،والثاني لايعدم الرضا وانما يعيبه ويجعل العقد موقوفا ٠ (١١٧م مدني) (١) ٠

والغلط الذى يهمنا هوالنوع الثاني من الغلط الذى نصت عليه المادة ١١٧ اعلاه ٠والمراد بهذا الغلط هو فوات الوصف المرغوب في المبيع ٠وفوات هذا الوصف لا يمنع من تكون العقد ، بل هو يجعل العقد موقوفا على الاجازة ٠

كما ان فوات الوصف المرغوب ليس الا غلطا في صفة جوهرية في الشيء محل التعاقد ٠لان كل وصف مرغوب فيه يندرج تحت الصفة الجوهرية التي اشارت اليها الفقرة الاولى من المادة ١١٨ من القانون المدني ٠

والغلط مدار البحث يصح ان يقع في صفة جوهرية في الشيء او في شخص المتعاقد اذا كانت شخصيته محل اعتبار اوفي قيمة المعقود عليه اوفي الباعث الدافع الى التعاقد ٠(١١٨ م مدني)

ولما كان شخص المتعاقد ليس بمحل اعتبار في الغالب في عقد البيع لذلك يندر ان يكون الغلط في شخص احد المتعاقدين او في صفة من صفاته سببا لعدم نفاذ عقد البيع ٠الا ان الغلط في صفة جوهرية في المبيع اوفي قيمته اوفي الباعث الدافع على شرائه يعيب الرضا ويجعل العقد موقوفا ٠

ومثال الغلط في صفة جوهرية في المبيع اعتقاد المشترى انه انما يشترى لوحة لرسام مشهور فيظهر بعد ذلك انها مقلدة ٠ وكذلك الحكم في حالة شراء شخص ارضا على أن لها ممر للطريق العام فاذا بها محصورة من جهاتها الاربع ٠

ومثال الغلط في قيمة المبيع ان يبيع شخص سهما بقيمته الفعلية وكان يجهل ان السهم قد ربح جائزه كبيرة او ان يبيع الوارث مجموعة من الكتب المخطوطة والطوابع البريدية بثمن زهيد لجهلة بقيمتها الحقيقية ٠

ومثال الغلط في الباعث الدافع ان يشترى شخص سيارة جديدة لاعتقاده بان سيارته القديمة قد سرقت ثم يتبين عدم صحة ذلك ٠وكذلك الحال فيما لو اشترى موظف منزلا في مدينة معتقدا انه سينقل اليها ثم تبين بعد ذلك انه لم ينقل ٠

ولكن ينبغي لكي يكون بمستطاع المتعاقد التمسك بالغلط الذى وقع فيه ان يكون المتعاقد الاخر قد وقع ايضا في نفس الغلط اوكان على علم به اوكان من السهل عليه ان يتبينه ٠(١١٩م مدني)

المطلب الثانـــي

خيـــار الرؤيـــة

١ ـ تعريفه وثبوته واثاره :

خيار الرؤية عبارة عن رخصة ،تثبيت للمشتري الذى اشترى شيئا لم يره من قبل او وقت البيع ،تخوله ان ياخذه او يرده متى رآه

واختلف فقهاء الشريعة بشأن مدى صحة البيع الوارد على الاشياء المعينة الغائبة ٠فالامام مالك والشافعي يعتبرون بيع الغائب باطلا ،فيما يعتبره الحنفية والحنابلة والامامية صحيحا وان للمشترى حق الفسخ بخيار الرؤية ٠ على ان السنة يقصرون هذا الحق على المشتري بينما يقره الشيعة الامامية لكل من البائع والمشترى (١) ٠واخذ المشرع العراقي بالرأى الاول ، (١/٥١٧م مدنـي) ٠

وسبب ثبوت خيار الرؤية هو عدم العلم بالبيع علما كافيا وقت ابرام العقد اوقبله ٠ويشترط لثبوته ان يكون عينا معينة بالذات اذ لايثبت في بيع الاشياء المثلية والديون والاثمان الخالصة بالدنانير والدراهم كما يشترط فيه ان يكون المبيع غائبا غير مرئ وقت العقد ٠

وخيار الرؤية يثبت بحكم القانون لذلك لاحاجة لاشتراطه في العقد والمراد بالرؤية هنا الرؤية بمعناها المجازى لاالحقيقي،اى انه ليس مجرد النظر بل العلم بالمبيع علما يمنع الجهالة الفاحشة والغرر ٠فالعلم بالمرئيات بالبصر والطعام بالذوق والروائح بالشم وهكـذا ٠

لذلك يصح شراء الاعمى اذا امكنه الوقوف على حال المبيع عن طريق الوصف او الشم أو اللمس او الذوق (٥١٧،٥٢٠م مدني) ٠

وتعتبر رؤية الوكيل بالشراء وبالقبض في حكم رؤية الاصيل ٠اما رؤية الرسول فلا تسقط الخيار (٥٢٦م مدني)

واذا كانت الاشياء المبيعة من المثليات وبيعت على نموذج فتكفي رؤية النموذج لتعيين صفات المبيع ٠ والمشترى يكون مخيرا بين ان يقبل المبيع بالثمن

المسمى او فسخ البيع اذ لـم يكن المبيع مطابقا للنموذج ٠واذا هلـك النموذج او تعيب في يد احد المتعاقدين ولو دون خطـا منه وجـب عليـه ان يثبت ان الاشياء كانت مطابقة للنموذج او غير مطابقة له حسـبالاحوال (٥١٨م مدنـي) ٠

ويعتبر خيار الرؤية في الشريعة الاسلامية ،شرطا للزوم البيع لالصحتـه فالعقد ينعقد ولكنه غير ملزم للمشترى طالما كان الخيار باقيا لذلك لـه الرجوع عن البيع او فسخه بعد الرؤية او امضائه ٠اما البائع فيلزم بالعقد وليس لـه الخيـار ٠

وحق الخيار لايثبت الا بالرؤية لذلك لايصح تنازل المشترى عنه قبـل الرؤية ٠لذلك فحق المشترى في رد المبيع لايسقط ولو اجاز قبل الرؤيـة بـل يبقى قائمـا ٠

ويعتبر المشرع العراقي هذا الحق مؤقتا حيث قرر بانه ينقضي بمضـي وقت كاف يمكن المشترى من رؤية الشيء دون ان يراه وتقدير هذا الوقت متروك للقضاء حسب ظروف وملابسات كل قضية (١) ٠(٥٢٢،٥٢٣ م مدنـي)
وكان الاولى بالمشرع أن يحدد مدة معينة يسقط بمضيها خيار الرؤية لضمـان استقرار المعاملات وعدم ترك البائع تحت رحمة المشترى مـدة طويلـة ٠ الا ان المشرع منح البائع وسيلة لتلافي المحذور المذكور بموجبها له تحديد اجل مناسـب للمشترى يسقط الخيار بانقضائه اذا لم يرد البيع خلاله(٥٢٣م مدني)

٢ ـ مسقطات خيار الرؤيـة :

يسقط خيار الرؤية في الحالات التالية (١) ٠

أ ـ رؤية المبيع قبل شرائه الا اذا اثبت أن الشيء المبيع قد تغير عـن الحالة التي كان فيها وقت الرؤية الاولى ٠

ب ـ اقرار المشترى في عقد البيع بانه قد راى المبيع وقبلـه بحالتـه الا اذا اثبت ان البائع قد غرر بـه :

جـ ـ وصف الشيء في العقد وصفا يقوم مقام الرؤية بشرط ان يظهر المبيـع مطابقا لهذا الوصف ٠

د- موت المشترى ،لأن خيار الرؤية حـــق لاينتقل بالميراث ولا يجـــــوز الورثة استعمالـــه .

ص- تصرف المشترى بالمبيع قبل الرؤية .وقد اختلف الفقهاء بشــــان التصرفات التي تسقط خيار الرؤية .الا ان الراى الراجح يذهب الــــى سقوطه بتصرف المشترى في المبيع قبل الرؤية تصرفا يوجب حقا للغيــر عليه ،اذ يتعذر فسخ مثل هذه التصرفات وعندئـذ لاتكون للخيـــار فائدة فيسقط (١)

ه- تعيب المبيع او هلاكه بعد القبض وذلـــك لاستحالة رده . وكذلـــــك الحكم اذا اصبح المبيع في حالة لايمكن رده كما لو كان قمحا فطحنه المشترى

و - صدور مايبطل الخيار قولا او فعلا من المشترى قبل الرؤية او بعدهـا كما لو صدر منه مايدل على الرضا بالمبيع صراحة او ضمنا ،سواء كـــان ذلك قبل الرؤية او بعدهـــا .

- مضي المدة ، لان الخيار حق مؤقت ينقضي بمضي المدة المناسبة اوبمضـــي الوقت الذى يحدده البائع دون ان يرد المبيع خلالـه .

واختلف الفقه حول مدى ضرورة النص على احكام خيار الرؤية .الا ان الرأى الراجح يرى ان القواعد العامة في الغلط لاتحقق للمشترى ما يحققه له خيـار الرؤية .فخيار الرؤية وان كان يقوم على اساس فكرة الغلط الا انـــه يعطي للمشترى الحق في رد المبيع ولو لم يكن هناك غلط في صفة جوهريـة في المبيع .كما ان الغلط في خيار الرؤية غلط مفترض ،اذ يكفي ادعـــاء المشترى حتى يصدق بقولة ،بينما ينبغي علـى من يدعي الغلط في الفقـة الحديث اثباته .اضافة لذلك فان خيار الرؤية لايؤثر على صحة العقـــد ونفاذه الا انه غير لازم للمشتري حيث له فسخ العقد او قبوله .بينمـــا يجعل الغلط في صفة جوهرية للمبيع العقد موقوفا .

---

(١) الهلالي ، وحامد زكي، ص ٢٢ هامش (١) .

الفرع الثاني

صور الرضا واوصافه

الغالب في عقد البيع ان تنصب ارادة الطرفين المتعاقدين على ابرام هذا العقد مباشرة ٠ولكن قد يكون البيع مسبوقا بمرحلة تمهيدية ،حيث يأخذ العقد في هذه الحالة صورة وعد بالبيع او وعد بالشراء ٠كما ان البيع كغيره من العقود قد تدخل عليه بعض الاوصاف فيجعله عقدا موصوفا ،لذلك يتوجب علينا دراسة البيوع الموصوفة ، الا اننا مع ذلك سنقتصر على بحث اهم هذه البيوع واكثرها انتشارا في الحياة العملية ٠

المبحث الاول

الوعد بالبيع وبالشراء

الوعد اما ان يكون وعدا بالبيع او وعدا بالشراء او ان يكون وعدا متقابلا بالبيع وبالشراء ٠كما هنالك صورة خاصة من الوعد بالبيع هو الوعد بالتفصيل (١) ٠

لذلك سنتناول في ادناه صور الوعد المختلفة والمبينة في أعلاه في مطالب متتالية ٠

---

(١) لايقر جمهور فقهاء الشريعة بصحة امثال هذه العقود ٠فقد نصت المادة ٧١١ من المجلة على ان (صيغة الاستقبال التي يعني الوعد المجرد مثل سابيع وساشترى لاينعقد بها البيع) ٠كما وتنص المادة ٣٥١ من مرشد الحيران على انه (لايصح تعليق البيع بشرط او حادثة مستقبلة ولايصح اضافته الى وقت مستقبل) ٠



المطلب الاول

الوعد بالبيع

١ ـ تعريف الوعد بالبيع وتكيفه القانوني :

الوعد بالبيع عقد يلتزم به شخص بان يبيع شيئا معينا بثمن معين للموعود لـه ..اذا ابدى الاخير رغبته في الشراء خلال مدة معينة ·

فالوعد بالبيع يختلف عن الايجاب بالبيع اذ يجوز الرجوع عن الايجاب أذا لم يقترن بعد بالقبول او اذا لم تحدد مدة للالتزام ب ٩٠ بينما الوعد بالبيع عقد ينشأ من ايجاب الواعد بالبيع وقبول الموعود لـه، لذلك لايمكن الرجوع عن الوعد من قبل الواعد ·

كما انه يختلف عن البيع لان عقد البيع عقد ملزم لجانبيه : اما الوعد بالبيع فهو عقد ملزم لجانب واحد فقط هو الواعد ويعتبر بعض الفقهاء الوعد بالبيع بيعا معلقا على شرط واقف هو استعمال الموعود لـه حقه في الشراء · الا ان هذا الرای منتقد ·لان في البيع المعلق على شرط واقف تتجه ارادة الطرفين منذ ابرام العقد الى البيع والشراء مع تعليق الالتزامات التي تنشأ عنه الى حين تحقق الشرط الواقف / بينما في الوعد بالبيع لاتتجه ارادة الواعد والموعود لـه الى شيء من ذلك ·ويرى اخرون بطلان الوعد بالبيع لاقترانه بشرط ارادي محض · وقد انتقد هذا الرأى ايضا بداعي ان من المعرو فان الشرط الارادى المحض الذى يبطل العقد هو ذلك الشرط الذى يعلق تحققه او تخلفه وبالتالي وجود الالتزام او عدمه على مجرد ارادة المدين · بينما يلاحظ في الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد ان اتمام العقد يتوقف على ارادة الدائن :

ويذهب جمهور الشراح الى ان الوعد بالبيع عقد صحيح يتميز عن عقد البيع ولـه احكامه الخاصة ·

٢ ـ اركان الوعد بالبيع

يتضح من نص المادتين ٩١،٧٨ من القانون المدني ان اركان الوعد بالبيع هي : الرضا، والمبيع والثمن ،والمدة ،والشكلية ·

أ ـ الرضـا :الوعد بالبيع باعتباره عقدا لابـد لانعقاده مـن وجـود الرضـا فالواعد يلزم ان يكون اهلا للتصرف ، اى البيع النهائي وقت الوعد بالبيع لان الاهلية بالنسبة للواعد تقدر وقت الوعد لانه يلتزم بوعده مـن هـذا الوقـت (١) .

أما الموعود له فلا يلتزم شيء وقت الوعد بالبيع ، لذلك يكفي ان يكـون مميزا في هذا الوقت، على ان تتوافر فيه اهلية التصرف وقت اظهار رغبتـه في الشراء لانه سيلتزم بالبيع النهائي في هذا الوقت لا وقت الوعد . امـا عيـوب الارادة فتقدر بالنسبة اليه وقت الوعد ووقت التعاقد النهائي معا ، لان الرضـا يصدر منه في هذين الوقتين ،يجب ان يكون رضاؤه في كليهما صحيحا .

ب ـ الثمـن :يلزم لانعقاد الوعد بالبيـع ان يكـون الثمن محددا في العقـد باتفاق الطرفين اوعلى الاقل ان يكون هذا العقد متضمنا الاسس التـي تجعله قابلا للتحديد . اما اذا لـم يكن الثمن محددا في العقـد أو قابـلا للتحديد فلا ينعقد الوعد بالبيع لتخلف ركن الثمن فيـه .

جـ ـ المبيـع : ويجب لانعقـاد الوعـد بالبيع تعين المبيع تعينـا نافيـا للجهالة الفاحشه .كما ينبغي اضافة لذلك ،ان يكون المبيع ممـا يجـوز التعامل فيه قانونا والا فلا يصح الوعد كما هو الحال عنـد ورود الوعـد بالبيع على التعامل بالتركة ،المستقبلية او على مادة مـن المواد التـي تمنع القانون التعامل فيها كالافيون والحشيش وغيرها .

د ـ المـدة : الوعد بالبيع ـ كمـا اسلفنا ـ هو عقد يلتزم بـه الواعـد بان يبيع شيئا معينا بثمن معين للموعود لـه ،اذا ماظهر الاخير رغبتـه في الشراء خلال مدة معينـة .

---

(١) ال لالي وحامد زكي ص٩١ وما بعدها انور سلطان ص١٠ .

فتحديد المدة التي على الموعود له خلالها استعمال حقه في الشراء امــــر ضروري لانعقاد الوعد بالبيع . كما انــه امــر ضروري ومفيد للواعــد حتــى لايبقى تحت رحمة الموعود لــه مدة غير محددة (١) .

وتحديد المدة كما يجوز ان يتم صراحة بتحديد مدة محددة او قابلــة للتحديد ،يجوز ايضا ان يقع دلالة كما لو تبين ان العقد الموعود به لايجدى تنفيذه بعد فــوات وقت معين ،فهذا الوقت هو المدة التي يجب خلالها ابــرام هــذا العقد .وكذلك اذا ورد الوعد بالبيع في عقد ايجار فيمكن القول بان مــدة الوعــد هي نفس مــدة الايجار (٢) .

ومع ذلك يذهب البعض الى ان لا مجــال للاخــذ بالرأى القائــل بجواز الوعد بالبيع ولو لــم تحدد لــه مدة صراحة في العقد ، بداعي ان المادة٩١ من القانون المدني العراقي تشترط صراحة تحديد هذه المدة .

وعلى كل اذا لــم يتضمن الوعد لاصراحة ولاضمنا مدة لابــرام البيــع النهائي ،كان الوعد بالبيع باطــلا .

و ـ الشكليــة : تقضي المادة ٩١ من القانون المدني بوجــوب اتباع الشكليــة في الوعد بعقد ما اذا كان العقد المراد ابرامه خاضعا للشكلية بالذات سواء أكانت الشكلية المقررة هي للانعقاد ام للاثبــات .

الا انه لــا كان التسجيل العقاري قاصرا على التصرفات التي ترتب اثــرا من الاثار الواردة في الفقرة الاولى من المادة (٣) من قانون التسجيل العقارى وهي (...كل تصرف من شأنه انشأ حق من الحقوق لعينية الاصلية والتبعية اونقله او تغييره او زواله وكل تصرف مقرر لحق من الحقوق المذكورة)، وحيــث ان الوعد ببيع العقار لايرتب مثل هذه الاثاراذ يبقى الواعــد مالكا للعقار الــذى وعد ببيعه ،فان الوعد لايعتبر من ضمن هذه التصرفات ولذلك لايسجل في دائرة

---

(١) الصــراف ٥٥٠ .

(٢) مصطفى مجيد ،شرح قانون التسجيل العقارى ،الجزء الثالث ، ١٩٧٩ ص ٢٠٤ مؤلفنا : موجز احكام قانون التسجيل العقارى ،١٩٩٠ ص ١٦٧ .

التسجيل العقاري مما يعني بطلان الوعد (١) في التشريع العراقي وليس لهـذا الحكم محل في القانون المدني المصري الذي يعتبر عقد بيع العقار عقدا رضائيا ·

ولكن ما الحكم اذا ابدى الموعود له رغبته في شراء العقار خلال المـدة المتفق عليهـا ؟

لانستطيع القول بتحول الوعد الى عقد بيع عقار لبطلان الوعد اصلا للسبب الذي بيناه الا ان بالامكان القول باننا نكون في مواجهة بيع عقار غير مسجـل (خارجي) الامر الذي يقتضي خضوعه لاحكام هذا العقد الباطل (٢)

٣ ـ احكـام الوعـد بالبيـع :

الوعد بالبيع عقد يمر في مرحلتين : هما مرحلة الوعد بالبيع ،ومرحلـة البيـع التـام ·

أ ـ احكـام مرحلـة الوعـد بالبيـع :

تبدأ هذه المرحلة وقت انعقاد الوعد بالبيع وتنتهي بانتهاء الاجـل المحـدد لاظهار الموعود له رغبته في الشـراء ·

والعقد في هذه المرحلة يكون عقدا ملزما لجانب واحـد هو الواعـد ·الا ان هذا الالتزام ليس الا التزامـا (شخصيا) ،يلتزم الواعد بموجبـه بابـرام البيع النهائي ،اذا طلب الموعود له ذلك خلال المدة المتفق عليها لذلـك ·

ويترتب على ذلك النتائـج التاليـة :ـ

اولا ـ ان الواعد يبقى مالكا للشيء الموعود ببيعه وبالتالي يكون لـه حـق التصرف فيه بكافة انواع التصرفات كاالبيع والهبة والوصية وغيـر

---

(١) مصطفى مجيد مشرح قانون التسجيل العقاري ،الجزء الثالث ،١٩٧٩ ص ٢٠٤ ·مؤلفا : موجز احكام قانون التسجيل العقاري ،١٩٩٠ ص

(٢) سنبين احكام بيع العقار غير المسجل في الفرع الاول من الفصل الاول مـن الباب الثاني من هذا المؤلف ·

ذلك . وتكون هـذه التصرفات نافذه في مواجهة الموعود له الا انه للاخيـر المطالبة بالتعويض طبقا لقواعد المسؤولية التعاقدية .

وللموعود له اضافة الى ذلك اقامة دعـوى عدم نفاذ التصرفات فيمـا اذا توفرت شروطها (٢٦٣و٢٦٤م مدني) .

هذا ولـمـا كان اثبات هذه الشروط امرا صعبا في الغالب ، لذلـــك كثيرا مايلجأ الموعود له الى الاتفاق مع الواعد على أن يرتب له رهنـا على الشيء الموعود ببيعه ،فيضمن بذلك الافضلية لحماية حقه مـن ايما تصرف قـد يصـدر عـن الواعد خلال المدة المعينة للوعد .

ثانيا - لما كان الشيء الموعود ببيعه يبقى في ملك الواعد فهلاكه كليا يكـــون على الواعد ويؤدي الى انقضاء التزام الواعد . اما اذا كان الهلاك جزئيـا فيـرى البعض بان الموعود له يكون في هذه الحالة مخيرا بين رفض الوعد او قبـــول الباقي من الموعود ببيعه بكل الثمن المتفق عليه لان الثمن مسمى في عقـد الوعد، ولايجوز ارغام الواعد على انقاصـه (١) ونؤيد الرأى القائـل بـان للمشترى اتمام البيع مع انقاص الثمن في هذه الحالة (٢) وذلك نظرا لحكـم الفقـرة الاولى المادة ٥٤٧ من القانون المدني التي تنص على انـه (اذا هلك المبيع في يد البائـع قبل أن يقبضه المشترى يهلك على البائع ولا شيء على المشترى ،الا اذا حـدث الهلاك بعد اعذار المشترى لتسلم المبيع واذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليـم لتلف اصابه ،فالمشتري مخير بين فسـخ البيع وبين بقائه مع انقاص الثمن) .

اذا حصلت زيادة في قيمة الشيء لافي مقداره ،ووافق المشترى على الشراء، فان البيع يتم بالثمن المسمى في الوعد . اما اذا حصلت الزيادة في مقدار الشـيء الموعود ببيعه واظهر الموعود لـه رغبته في الشراء ،فالزيادة تكون في هذه الحالـة من حق الواعد ولا يجبر على التنازل عنها الا في مقابـل زيادة الثمن (٣) .

(١-٢) السنهوري ج٤ص٦٤ هامش (٢) .الهلالي وحامد زكي ص ٩٣ انـــور سلطن ف٧٦ .لعامرى ص٥٢ هامش (١)

(٣) الهلالي وحامد زكي ص٩٣ هامش رقم (٣)

كما ان ثمار الشيء وحاصلاته خلال مرحلة الوعد تكون ملكا للواعد ولايحق للموعود له ، اذا ما ابدى رغبته في الشراء ، المطالبة بها .

ثالثا ـ للموعود لـه ان يحول حقه الشخصي الى الغير طبقا لقواعد حواله الحـق لان حق الموعود له هذا مالي ليست لشخصيته في الغالب اى اعتبـار في تعهد الواعد (١٠الا اذا وجـد اتفاق يمنعه من ذلك ،او اذا روعى فيـه شخص الموعود لـه وان نية الطرفين المتعاقدين منصرفه الى عـدم جـواز اسقاطـه .

رابعـا ـ لمـا كان الموعود لـه دائنا بحق شخصي ،فله بهـذا الاعتبار وطبقا للقواعد العامة في الالتزامات اجبار الواعد ،باعتباره مدينا ،على تنفيـذ التزامه تنفيذا عينيا (٢٤٦)م مدني) .

ب ـ احكام مرحلـة البيـع التـام :

اذا مضت المدة المعينة لتعهد الواعد دون ان يظهر الموعود لـه رغبتـه في الشراء تحلل الواعد من التزامه قبله من دون حاجة لاعذاره(٢) وكذلك الحكـم اذا مـا أعلن الموعود لـه رغبته في الشراء بعـد انقضاء المدة المذكـورة او اذا اعلن عدم رغبته في الشراء خلال هذه المدة ،لان الموعود لـه بهـذا الرفض يكون قـد ابـرأ ذمة الواعـد من وعـده .

اما اذا قبل الموعود له الشراء خلال المدة مدار البحث ،فان الوعـد بالبيـع يتحول في هذه الحالة الى عقد بيع تام منتج لاثاره القانونية .

١ واظهار الرغبة لايخضع لشكل مخصوص قانونا فهو قد يحصل بالقـول او بالكتابة او قد يرد صراحة او ضمنا .فتصرف الموعود لـه بالموعود ببيعـه او دفعـه لقسط من اقساط الثمن يعتبر قبولا ضمنيا بالشراء .

وليس لاعلان الرغبة اثر رجعي .فالبيع لاينعقد الا من وقت قبول الموعـود لـه بالشراء .

ويترتب على ذلك ان جميع تصرفات الواعد التي رتب بها حقا للغير على المال الموعود به تسري في مواجهة الموعود لـه ،سواء اكان حق الغير حقا عينيا ام شخصيا ٠ ولكن للموعود لـه المطالبة بالتعويض أو الطعن في التصرف بدعوى عدم نفاذه في حقه وفقا للمادة ٢٦٣ من القانون المدني اذا توفرت شروط تطبيق هذه المادة (١)

وكذلك بعد تعين طبيعة العيب، اذا اراد المشترى الطعن في العقد للعيوب الخفية ، وما اذا كان العيب خفيا او ظاهرا ينظر اليه في تاريخ اعلان الموعود لـه رغبته في الشراء لاوقت الوعد بالبيع ٠

كما ان تقدير الغبن ينظر فيه الى قيمة المبيع وقت قبول الموعود لـه الشراء ٠

وعلى كل ان تعقد البيع اصبح الواعد بائعا والموعود له مشتريا ،وترتبت في ذمة الاول التزامات البائع وفي ذمة الثاني التزامات المشترى ٠

المطلب الثاني

الوعد بالتفضيل

الوعد بالتفضيل (٢) اتفاق يتعهد بموجبه الواعد بانه، في حالة تصرفه بالعين بالبيع سيفضل الموعود لـه اذا دفع نفس الثمن /فالواعد هنا يلتزم ان هو اراد البيع بتفضيل الموعود له على غيره ،اذا قبل الشراء خلال المدة المتفق عليها وبالثمن الذى يدفعه الغير ٠

ونرجح الرأي القائل ببطلان الوعد بالتفضيل بداعي انه معلق على شرط ارادى محض يتوقف تحققه او تخلفه على ارادة المدين وهو (الواعد) ومع ذلك يذهب رأى أخر الى خلاف ذلك بحجة ان البيع لايتوقف على مشيئة الواعد وحده اذ قد تحمله ظروف خارجية على البيع فيكون ،في هذه الحالة ملزما بوعده قبل الموعود لـه (١) ٠

(١) انور سلطان ص ١٠٨ مالك دوهان الحسن ص٨٥

(٢) غني حسون طـه ص ١١٨و١١٩، الصراف ص٦٠

ويخضع الوعد بالتفضيل لاحكام الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد الا انه لايلزم فيه تحديد الثمن في الحال ،لانه يحدد في الغالب في المستقبل لان الثمن هنا هو الثمن الذي يدفعه الغير .

ولا يمكن الطعن في صحة العقد بزعم ان محل العقد (الثمن) غير معين لانه قابل للتعيين، اذ ان العقد يتضمن الوسيلة التي تمكن من تعينه (٢) .

ومع ذلك فان الوعد بالتفضيل يختلف عن الوعد بالبيع في الامور التالية :ـ

١- يكون لشخص الموعود لـه ،في الغالب، اعتبار في التعاقد ولذلك لايجوز له تحويل حقه للغير او التصرف به دون رضاء الواعد .

٢- ان حق الموعود له في الشراء ينشا في الوعد بالتفضيل في الوقت الذى يرغب فيه الواعد بالبيع . بينما ينشا حق الموعود لـه في الوعد بالبيع من تاريخ ابرام الوعد .

٣- الوعد بالبيع وعد بات، بينما الوعد بالتفضيل وعد معلق على شرط واقف على راى القائلين بصحته .

وللوعد بالتفضيل فوائد عملية .فهو يسمح للمستاجر ان يحصل من المؤجر على وعد بتفضيله اذا اراد بيع العين المؤجر . كما يستطيع من يضطر الى بيع شيء عزيز ان يحصل على وعد من المشترى لهذا الشيء بتفضيله اذا رغب هو في بيعه مستقبلا .

والوعد بالتفضيل يحقق للواعد المصلحة التي يحققها حق الشفعة للشفيع في الحالات التي لايجوز لـه التمسك بحق الشفعة كما لو لـم تتحقق شروطها .

ومع ذلك ،فان الوعد بالتفضيل قد يتسبب في بعض المساوىء كما في حالة تواطؤ الواعد مع شخص ثالث على تقديم ثمن عالي صوري لمنع الموعود لـه من استعمال حقه في التفضيل .

---

(٢) بخصوص ذلك يراجع : غني حسون طه ،والمراجع المشار اليها ص ١٢١

ويجدر الاشارة هنا ايضا الى ان الوعد بالتفضيل يعتبر باطلا اذا تعلـــق بعقار لعدم امكان تسجيله فيدائرة التسجيل العقارى شأنه في ذلك شأن الوعـد ببيع عقـــار .

ويجدر ان نشير الى ان الوعد بالتفضيل لايقتصر على الوعد بالتفضيل بالبيـع والوعد بالتفضيل بالشراء ،وانما يمكن ان يكون وعدا متبادلا من كلا الطرفيـــن المتعاقدين بتفضيل احدهما على غيره من الناس اذا اراد بيع او شراء شيء معيـن خلال مدة معينة .

المطلـــب الثالـــث

الوعـــد بالشـــــراء

(١) تعريف الوعد بالشـــراء :

الوعد بالشراء عقد يلتزم به الواعد بشراء شيء معين بثمن معين اذا اظهر الموعود له (البائع) رغبته في البيع في خلال مدة معينة وللوعـد بالشراء اهميـــة في الحياة العلمية ،اذ هو يفسح المجال لمالك العقار الذى لـم يقرر بيـــع عقـــاره وقت تقدم راغب في شرائه ،الحصول على وعد من الاخير بالشراء فيمـا اذا اراد هو البيع في بحر مدة معينة . كما ان الوعد بالشراء يحصل في البيوع التـــي تتم بالمزاد العلني .ففي حالة تنفيذ الدائن على عقار مدينة يكون للاخير كـــــل المصلحة في ان يباع عقاره باعلى ثمن ممكن ،ولذلك يعمد المدين الى الاتفاق مـع شخص اخر للتقدم الى المزايدة لابلاغ الثمن الى حـد معين ، وهـــذا الاتفـــاق يعتبر وعدا بالشراء ،اذ يلتزم الواعـد بشراء العين بالثمن المعين في الاتفاق .الا ان التزامه هذا ينقضي اذا رسا المزاد بثمن اعلى من الثمن المتفق عليـه . امـــا اذا لـم يتقدم للمزايدة اصلا ، او اذا رسا المزاد على غيره بثمن اقـل من الثمـــن المتفق عليه، الزم بدفع الفرق الى الموعود لـــه علـــى سبيل التعويض لاخلالـه بوعده (١).

والوعد بالشراء قد يقع على صورة وعد بالتفضيل بالشراء وعلى الوجـــه الذى اسلفنا عند بحث (الوعـــد بالتفضيل) .

(٢) طبيعة الوعد بالشراء واركانه واحكامـــــه :

الوعد بالشراء لايختلف عن الوعد بالبيع من حيث الطبيعة والاركان ،لذلك نحيل فيما يتعلق بهذه الامور الى مابيناه عند دراسة الوعد بالبيع ·

اما حكم الوعد بالشراء فهو كحكم الوعد بالبيع تماما مـع ملاحظة اختلاف مركز كل من المتعاقدين ،فالواعد في الوعد بالشراء هو المشترى ،بينما الواعـد في الوعد بالبيع هو البائع ·كما ان الموعود له في الاول هو البائـع، فيحيـن ان المشترى هو الموعود لـه في الثانـي ·

وبناء على ما تقدم فان العقد يتم ويلزم الواعد (المشترى) ،اذا استعمـل الموعود لـه (البائع) حقه في قبول البيع ·ولكن الموعود لـه لايكون ملزمـا بشيء فهو حـر في قبول البيع او رفضه ·ولذلك يستطيع التصرف في العين الموعـود بها لغير الواعد دون ان يعرض نفسه للمسؤولية (١) لان البائـع هـو الدائن بالوعد ،فبيعه لغير الواعد يعتبر تنازلا منه عن حقـه الناشـيء مـن عقد الوعـد (٢) ·

اما الواعد فيلتزم بالشراء طوال المدة المحددة في العقد ،ولا يسقط هـذا الالتزام الا اذا رفض الموعود لـه البيع او اذا مضت المدة المذكورة دون اعـلان الرغبة فـي البيـع ·

واذا تم العقد بان قبل الموعود له البيع خلال المدة المعينة ،التـزم كـلا مـن الطرفين بالالتزامات التي يرتبها عقد البيع على كل مـن البائـع والمشترى

---

(١) الهلالي وحامد زكي ص ١٠٠ ،انـور سلطان ص ١٦٢ ،الصراف ،ص ٦١ ·

المطلب الرابع

الوعد المتبادل بالبيع وبالشراء

(١) تعريف الوعد المتبادل بالبيع وبالشراء وتكييفه القانوني :

الوعد المتبادل بالبيع وبالشراء عقد بموجبه يعد كل من المتعاقدين الاخر ، الاول بان يبيع والثاني بأن يشترى مالا معينا بثمن معين اذا قبل كل من الطرفين تعهد الاخر خلال مدة معينة .

ان الشراح وان كانوا يجمعون على اعتبار الوعد المتبادل بالبيع وبالشراء عقدا ملزما للجانبين ،الا انهم على خلاف حول ما اذا كان هذا العقد مجرد وعد بالبيع والشراء او انه عقد بيع تام .

الرأى الراجح في فرنسا يذهب الى اعتبار الوعد المتبادل بيعا تاما اذا كان الوعد باتا ،ومعلقا على شرط اذا كان الوعد معلقا على شرط ،ومضافا الى اجل اذا كان الوعد مضافا الى اجل .

ويعتبر القانون المدني المصرى الوعد المتبادل بالبيع وبالشراء وعدا اذ نصت الفقرة الاولى من المادة ١٠١ من القانون المذكور على أن (الاتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين او احدهما بابرام عقد معين في المستقبل لاينعقد الا اذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه والمدة التي يجب ابرامه فيها) .

ويذهب بعض الشراح عندنا الى اعتبار الوعد المتبادل بالبيع وبالشراء بيعا تاما ويرتبون النتائج التالية على ذلك(١) .

أ - أن الوعد المتبادل بالبيع وبالشراء عبارة عن عقد بيع ناقل للملكية منذ انشائه .

(١) نقلا عن الحسن ص٩٠و٩١

ب- ان الوعد المتبادل اذا انصب على بيع ملك الغير باطل .
ج- ان التسجيل ضروري للوعد الذي يتعلق ببيع وشراء عقار .

وبع ذلك يذهب الرأي الراجح (١) الى أن الوعد المتبادل في ظل التشريع المدني العراقي عبارة عن وعدين متقابلين : وعد بالبيع من قبل البائع ، ووعد بالشراء من قبل المشتري . وتؤيد الفقرة الاولى من المادة ٩١ من التشريع العراقي ذلك ، لانها تعتبر من قبيل الوعد بالتعاقد (الاتفاق الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين او احدهما بابرام عقد معين في المستقبل ....) .

ويميز المرحوم الاستاذ السنهوري في هذا الصدد بين الوعد بالبيع والشراء من جانب واحد وبين الوعد بالبيع وبالشراء من الجانبين . ويرى وجود عقدين في الحالة الاولى ، العقد الاول هو وعد بالبيع من صاحب الموعود ببيعه والعقد الثاني هو وعد بالشراء . اما في الحالة الثانية فيوجد في نظره عقد واحد ملزم للجانبين ، لذلك فلابد معه من ان يتم البيع ، بل قد تم البيع فعلا ، حيث التزم بموجبه صاحب الموعود ببيعه بالبيع والتزم الطرف الاخر بالشراء (٢) .

ويعترض البعض على هذا التمييز بداعي عدم امكانية الاخذ به في ظل التشريع العراقي ، لان الحالة الاولى ، التي اشار اليها المرحوم السنهوري تعتبر وعدا بالبيع وبالشراء ملزما للجانبين ، وذلك نظراً لحكم المادة ٩١ من القانون المدني العراقي التي تتكلم عن الاتفاق الابتدائي الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين (او احدهما) بابرام عقد معين في المستقبل والتي تشير في فقرتها الثانية الى الاتفاق الابتدائي الذي يتضمن وعدا بابرام عقد شكلي .

فهذا الوعد لا يعتبر بيعا تاما لان الطرفين ارادا به ان يلتزم احدهما بالبيع اذا رغب الاخر بشراء الشيء خلال المدة معينة ، وان يلتزم الاخر بالشراء اذا رغب الاول بالبيع خلال نفس المدة . فالبيع النهائي لايتم الا في اللحظة التي يظهر

---

(١) غني حسون ص ١٢٦ . الصداء ص ٦٣ .
(٢) السنهوري ج ٤ .

فيها احدهما رغبته بأبرامه ولذلك فالعقد النهائي قد لا ينشأ اصلا اذا لم يظهر اي منهما رغبته بتحويل الوعد بالبيع الى بيع فلا يتم البيع النهائي (١) .

امـا الحالة الثانية سماها المرحوم السنهوري بـ (البيع الابتدائي) ، فلا علاقة لهـا بالوعد بالبيع ، لان العقد الذى تـم بين الطرفين هو عقد بيـع تـام منتج للالتزامات في ذمة البائـع والمشترى ، وكـل مـا هنالك هـو ان الطرفين يتفقان علـى تأجيل تنفيذ هذه الالتزامات الى اجل محدد يتعهدان عنـد حلوله بالقيام باجراء معين كتحرير العقد في سند رسمي او عادى (٢) .

٢) اركان الوعـد المتبادل بالبيع وبالشراء : ـ

حسب المادة ٩١ من القانون المدني العراقي ، يلزم لانعقاد الوعـد المتبادل بالبيع وبالشراء توافر اركان العقد المراد ابرامه . ولذلك يجـب لانعقاده اتفـاق الطرفين المتعاقدين على جميـع المسائل الجوهرية مـن مبيع وثمن . كمـا يجب تحديد المدة التـي يجب فيها ابرام العقد الموعود بـه مع استيفاء الشكـل الذى يفرضه القانون لانعقاد العقد المذكـور .

ولسبق شرح هـذه الاركان عند بحث الوعد بالبيع ، فلا مبرر لاعـادة ما بيناه بصددها هنا مـع ملاحظة ان الاهلية اللازمة لكـل مـن المتعاقديـن في الوعد المتبادل بالبيع وبالشراء تقدر هنا وقت الوعد ، لان كل منهما قـد أصبح ملزما في هذا الوقت . أما باعتباره واعدا بالبيع واما واعدا بالشراء .

ولكن ما الحكم اذا سكت المتعاقدان عن تحديد المدة التي يظل فيها الوعـد قائمـا .

يذهب البعض الى القول بان هذا العقد وان لـم ينعقد وعدا متبادلا بالبيـع وبالشراء لتخلف ركـن من اركانه الا انه يجوز اعتباره عقـد بيع تام ناجـز وذلـك (لتوافر أركان البيع ذاته لان ارادة كـل مـن الطرفين اتجهـت

(١-٢) العامرى ص ٥٤ . غني حسون طه ص ١٢٧ .

فيه الى الارتباط بعقد بيع اذا قبل الطرف الاخر ذلك ، وقــد تحقــق هــذا الشرط من وقت تبادل الرضا (١) ·

ويعترض على هذا الرأى ، بحق ، لان الاخذ به يؤدى الى الافراط فــي تطبيق نظرية تحول العقد ، ذلك لان من المتعذر القول باتجاه نيــة الطرفــين المتعاقدين في الوعد المتبادل بالبيع وبالشراء الى التام الناجز ·

اذ الواضح من صيغة الوعد ان المتعاقدين لــم يريدا البيع التام الناجـز وانما ارادا ان يعد احدهما بان يبيع اذا اراد الاخر الشراء وان يعد المتعاقــد الاخر بان يشترى اذا اراد الطرف الثاني البيــع ·

والرأى الراجح يذهب الى ان عدم تحديد المدة في الوعد المتبادل ـ صراحة لايؤدى الى بطلانه اذا كان بامكان القاضي تلمس تحديدها من ظروف التعاقـد ، لان تحديد هذه المدة كما يجوز ان يتــم صراحة يجوز ان يتم ضمنا ايضــا الا ان الوعد يكون باطلا اذا لم تحدد المدة فيه صراحة وتعذر على القاضي استنتاجها من ظروف التعاقد ، ولا يمكن ان يتحول الوعد في هذه الحالة الى بيــع تام لعــدم انصراف نية الطرفين المحتملة الى العقد الاخير (٢) (١٤٠ م مدني) ·

٣ـ احكام الوعـد المتبادل بالبيع وبالشراء :

أن الاحكام التـي تترتب علــى الوعد المتبادل بالبيع وبالشراء هــي نفس احكام الوعد بالبيع ، ولا يختلفان الا في نقطــة واحدة هـي حـق تحويـل الوعـــد الـــى بيع نهائي · فهـذا الحق يثبت في حالــة الوعـــد المتبادل بالبيع وبالشراء لكل مــن الطرفين باعتبار ان كلا منهما موعود لــه · في حــين أن حق تحويل الوعد الى بيع نهائي يعود الى احد الطرفين في الوعد بالبيع ·

(١) مرقس وامام ف ٥٧ ·
(٢) غني حسون طه ١٢٨ ، ١٢٩ · الصراف ص ٦٤ ·

المبحــــث الثاني

البيـــع بـــشرط الخيـــار

١) تعريف البيع بشرط الخيار واصله الشرعـي :

خيار الشرط هـــو ان يشترط احـــد العاقدين او كلاهما أن يكون لـــه او لشخص اجنبي خيار فســخ العقد او امضائه خلال المدة المقررة لذلك .

والاصل الشرعي في جوازه هو ما روي مـــن ان رجلا وكان ضعيف الادراك قـد ذكر للرسول (ص) انه يخـــدع في البيوع فقـال لـــه الرسول (ص) (اذا بايعت فقل لاخلابة ــ اى لاخداع ــ ولي الخيار ثلاثة ايام) (١) .

ان فقهاء الشريعة وان كانوا علـى اتفاق حـــول صحـــة اشتراط الخيار لمصلحة الطرفين المتعاقدين ، الا انهم علـــى خلاف حـــول جواز اشتراطه للغير . وبالرأي الذى يجيزه اخذ المشرع العراقي (٥٠٩م) .

٢) العقود التي يجرى فيها الخيار :

يذهب فقهاء الشريعة الاسلامية الى ان العقود التـي يصح فيها خيـــار الشرط هـي العقود اللازمة مـن طرف واحد او طرفين والتـي يجوز فيهـــا الفســـخ كالبيع والايجار والمزارعة والكفالة وغيرها .

امـا العقود غـير اللازمة كالوديعة والعارية فـــلا معنى لاشتراط الخيار فيها ، لان بالامكان الرجوع عنها مـــن دون حاجة الى اشتراط الخيار فيهـــا . كمـا أن خيار الشرط لا يجرى في العقود اللازمة التي لاتحتمل الفسخ كالـزواج واليمين والنذر والخلع بلامال؛ لان استعمال الخيار يعني الفسخ وهـــذه العقود غير قابلة للفسخ شرعـا .

---

(١) الجزيرى ج ٢ ص ١٧٤ .

٣- اثـــار الخيـــار :

اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية في الاثـار التي تترتب علـــى اشـتراط الخيار فذهب بعضهم الى ان المبيع لايخرج من ملك البائع خلال مدة الخيـــــار ولا يجوز للمشترى المطالبة بـــه ، كمـا تمتنع على البائع المطالبة بالثمن خلال المدة المذكورة ، ويذهب فريق اخر منهم الى ان الشرط لا يوقف انتقال ملكيـــة البدلين ، فملكية المبيع تنتقل الى البائع سواء كان الخيار للبائــع او للمتشـــرى او للغير ، ويذهب فريق ثالث من فقهاء الشريعة الى انتقال ملكية البدلـين بمجرد انعقاد العقد ، الا انه اذا استعمل من اشترط الخيار حقه في فسخ العقد ، عادت ملكية كل من البدلين الى صاحبه من يوم تحقق الشرط لا مـن وقت انعقاد العقد .

والرأى الاخير يتفق مـــع حكم المادة ٥٠٩ من القانون المدني العراقي التـي تقرر أن شرط الخيار لا يحول دون انتقال الملكية الى المشترى ، سواء كـــــان الخيار مشترطا لاحد الطرفين او لكلاهما او لاجنبـي .

ويلاحظ أن العقد ينفسخ اذا استعمل الخيار من قبل من اشترط ، الا أن البيع يصبح لازما اذا مضت المدة دون استعمال خيار الشرط .

واذا اشترط احد المتعاقدين الخيار للغير ، فان هذا الحق يثبت لـــــه وللغير . لان الغير يعتبر وكيلا عنه في الخيار وللموكل ، كما هو معلـــوم ، ان يقوم بالعمل الذى قد وكل بــه احدا . ففي الحالة الاخيرة اذا اجاز احدهما العقد وفسخه الاخر فالعبرة تكون الى السابق منهما ، سواء صدر الفسخ او الاجازة من الاصيل او الوكيل . ويترتب على ذلك انه اذا كان فسخ الغير هـــو السابـق فلا عبرة باجازة الاصيل بعد ذلك ، وان كان فسخ الاصيل هـــو السابق فلاعبرة بأجازة الغير . امــا اذا أجاز احدهما وفسخ الاخر في زمن واحد او اذا اجـــاز احدهما وفسخ الاخر دون ان يعلم السابق منهما ، رجح جانب الفسخ لان الخيار انما وضع للفسخ لا للاجـــازة (١) .

(١) الجزيرى ج ٢ ص ١٧٧ وما بعدها .

واذا شرط الخيار للبائع والمشتري معا فأيهما فسخ اثناء المدة انفسخ البيع · واذا اجاز احدهما العقد سقط خياره وبقي الخيار للطرف الاخر الى انتهاء المدة ·

ويشترط فقهاء الشريعة الاسلامية للخيار مدة معلومة والا فسد العقد الا أنهم على خلاف حول مدة الخيار · فالبعض منهم يذهب الى وجوب عدم تجاوزها ثلاثة ايام وذلك نظرا لما جاء في الحديث النبوي الشريف وذهب اخرون منهم الى تنويع مدة الخيار بحسب المبيع · فاذا كان المبيع عقارا جاز أن تمتد مدة الخيار الى مدة تتراوح بين ستة وثلاثين وثمانية وثلاثين يوما واذا كان المبيع من عروض التجارة او الدواب الغير المعدة للنقل او الركوب فمدة الخيار تتراوح بين ثلاثة او خمسة ايام ·

ويذهب فريق ثالث منهم الى اجازة الشرط حتى ولو زادت مدته عن ثلاثة ايام(١) · والرأي الاخير يتفق مع حكم المادة ٥٠٩ من القانون المدني العراقي التي تقرر صحة البيع بشرط الخيار لمدة معلومة ·

ولا يشترط شكل معين للاجازة او الفسخ · اذ يجوز وقوعها بالقول أو بالفعل فمثلا اذا كان الخيار للمشتري وتصرف في المبيع كالمالك بالبيع او الهبة فيعتبر تصرفه اجازة فعلية · وكذلك الحكم فيما لوكان الخيار للبائع وتصرف في المبيع تصرفا يدل على عدم الرضا ، كما لو عرضه للبيع ثانية او اجرة اذ أن عمل البائع هذا يدل على فسخ البيع ·

وتنص المادة ٥١٣ من القانون المدني على انه (في جميع حالات الخيار اذا تلف المبيع في يد المشتري قبل الفسخ هلك من ماله ولزمه الثمن المسمى)

ان الحكم اعلاه ما هو الا نتيجة طبيعية لحكم المادة ٥٠٩ سالفة الذكر والتي تقرر انتقال ملكية المبيع الى المشتري بمجرد انعقاد العقد ورغم وجود الخيار · فما دام أن الملكية قد انتقلت الى المشتري من وقت ابرام العقد ، فيجب ، رغم وجود الخيار ، أن تكون تبعة الهلاك عليه اذا هلك المبيع في يده قبل الفسخ ·

---

(١) الجزيري ج ٢ ص ١٧٧ ·

٤) **مسقطـات خيـار الشرط :** يسقط خيار الشرط في الحالات التالية :-

أ- **الاجــــازة :** فان اجيز العقد خلال المدة المعينة فيه سقط الخيــــار وان فسخ انفسخ العقد · فخيار الشرط اذن يسقط باجازة من اشترط لــــه الخيار خلال مدته ·

ب - **مضـي المـدة :** علمنا بأنه ينبغي تحديد مدة معلومة في العقد للخيار فأذا مرت المدة المذكورة دون ان يفسخ من اشترط لــه الخيار ، لزم العقـــد وسقط خيار الشرط ، سواء كان عدم الاستعمال لعذر كالمرض او الجنون أو بدونه(١) (٥١١ م مدني) ·

جـ - **موت من له الخيار :** شرط الخيار لا ينتقل بالارث · ويترتب على ذلــك انه اذا كان الخيار للبائع ومات قبل فوات مدته ودون ان يفسخ او يجيز العقد ، ملك المشترى المبيع ، واذا كان الخيار للمشترى ومات خلال مدته وقبل ان يفسخ العقد او يجيزه ملكه وارثه بلا خيار · (٥١٢م مدنـــــي) · ان أحكام القانون المدني العراقي اعلاه بشأن (البيع بشرط الخيـــار) تعتبر من قبيل القواعد المفسرة او المكملة لارادة الطرفين المتعاقدين ، لذلك يجوز الاتفاق على ما يخالفها (٢) ·

كما يلاحظ على هذه الاحكام انهـا مقتبسة من فقة الشريعة الاسلاميــــة ولا نظير لها في القوانين المدنية · وهي في مجموعها تكرار للقواعد التـي نصـــ عليها المشرع بشأن الشروط التـي يمكن ان تقترن بالعقود ، بخاصة القواعـــد الخاصة بالشرط الفاسخ ، ولذلك كان الاولى بالمشرع العراقي الاكتفاء بمـا نص علية من قواعد عامة في هذا الصدد منعا من التكرار الذى لا مبرر له (٣) ·

---

(١) القاضي ج ١ ص ٢٩١ ·

(٢) الصراف ص ٥١ ·

(٣) غني حسون طه ص ١٣٢ · الصراف ص ٥١ ذونون ص ٤٥ العامرى ص ٦١·

المبحـــث الثالث

البيــع بشرط التجربـــة

١ ـ تعريفـــه وثبوتـــه :

البيع بشرط التجربة هـــو البيع الذى يحتفظ فيه المشترى بحق تجربة المبيع قبل شرائه نهائيا ، وذلك امالغرض التأكد منصلاحية المبيع للغرض المقصود منه ، او للتأكد من ملائمته لحاجته الشخصية ·

والعلة في اشتراط (التجربة) قبل الموافقة النهائية على البيع هـــي رغبة المشترى في عدم الالتزام بالعقد حالا وترجيحه ابداء الموافقة النهائية بالعقد بعـد معاينة المبيع وتجربته لمـا قـد يترتب عليه من نتائج خطيرة ، خاصة اذا كـان البيع منصبا على اشياء ثمينة ·

وحـق المشترى في تجربة المبيع لا ينشأ الا من شرط صريح في العقد او شـرط ضمني يستخلص من ظروف التعاقد ، وبصفة خاصة مما جرت به العادة او تقضي بـه طبيعة المبيع ، فشراء الملابس الجاهزة ينطوى عـادة على شرط ضمنـــي بأن المشترى قـد اشتراها بشرط التجربة ، كما أن شراء الالات الميكانيكية اذا كانت من الدقة بحيث لا يمكن الوقوف على صلاحيتها الا بعد تجربتها ، تفترض فيـه التجربة شرطا ضمنيا(١) ·

٢ ـ التكييف القانوني للبيــع بشرط التجربـة :

تقضي الفقرة الثانية من المادة ٥٢٤ من القانون المدنـي علـى أنه .(ويعتبر البيع بشرط التجربة معلقا على شرط واقف هو قبول المبيع ، الا اذا تبـين مـــن الاتفاق او الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ) ·

فالاصل أن البيع بشرط التجربة يعتبر بيعا معلقا على شرط واقف هـــو قبـول المشترى للبيــع بعد تجربتـــه ·

---

(١) السنهورى ج ٤ ص ١٣٠ ·

فالبيع قبل تحقق الشرط لا ينتج اى اثـر مـن اثـار عقد البيع ولكـن البائع يلتزم بتمكين المشترى من تجربة المبيع ، ويلتزم المشترى بأجراء التجربة خـلال مدتهـا ٠

وأذا تحقق الشرط بقبول المشترى المبيع بعـد تجربته ، او بسكوته مع تمكنه مـن تجربة المبيع ، انتج العقد كافة الاثار القانونية لعقد البيع بأثـر رجعي الى وقت انعقاد البيع ، وزالت ملكية البائع باثر رجعي ايضـا ٠

ويترتب على ذلك بقاء جميع الحقوق العينية التـي رتبها المشترى علـى المبيع خلال مدة التجربة ، وزوال تلك التي رتبها البائع عليه خلال المدة المذكورة٠

أمـا أذا رفض المشترى المبيع بعد تجربته خلال المدة المحددة لذلك تخلف الشرط الواقف وزال البيع باثـر رجعي ٠

ويترتب على ذلـك زوال ملكية المشترى للمبيع والتـي كانت معلقة علـى شرط واقف جعل ملكية البائع التي كانت معلقة على شرط فاسخ ملكية باتـة منذ البداية وتبقى الحقوق التي رتبها البائع خلال مدة التجربة وتزول تلك التـي رتبها المشترى خلال نفس الفترة ٠

وللطرفين المتعاقدين الاتفاق على اعتبار شرط التجربة شرطا فاسخا وفي هـذه الحالة ينتج العقد جميع اثارة منذانعقادالعقد والملكية تنتقل الى المشترى على شرط فاسخ هو عدم قبول المشترى للمبيع ٠ فاذا تحقق الشرط بان لـم يقبل المشترى المبيع بعد تجربته انفسخ البيع باثر رجعي ، اما اذا قبل المشترى المبيـع فيتخلف الشرط ويعتبر المشترى مالكا للمبيع ملكية باته منذ ابرام العقد ٠

٢ـ احكام البيـع بشرط التجربـة :

بموجب عقد البيع بشرط التجربة يلتزم البائع بتمكين المشترى من تجربـة المبيع ، ويلتزم المشترى بتجربة المبيع واعـلام البائـع برفض المبيـع خـلال المـدة المتفق عليهـا او المـدة المعقولة التـي يعينهـا البائـع فـأذا مضت المدة وسكت المشترى مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا للمبيع ،لان سكوته في معرض حاجة الى بيان (٥٢٤/١م مدنـي) ٠

واذا ثار النزاع حول المدة المعقولة ، فالامر متروك لتقدير المحكمـــة ولا رقابة لمحكمة التمييز عليها لان القضاء فيــه قضاء في مسالة موضوعية(١) ·

ولا يشترط قيام المشترى بتجربة المبيع بنفسه ، بـــل يجوز اجرائها مـــن قبل شخص من أهـــل الخبرة يستعين بـه المشترى · كما لايشترط تجربة المبيع بمحضر البائع ، بل يجوز ذلك بغيابه(٢) ·

ويذهب البعض ، قياسا على خيار الشرط ، الى أن شرط التجربة لا يورث لانه صورة خاصة من صور خيار الشرط(٣) · ويذهب الرأى الراجح الى انتقال هذا الشرط الى الورثـة في حالة موت المشترى ، لان حق المشترى في التجربـــة ليس بحق من الحقوق المتصلة بشخصه (٤) ·

والعبرة تكون بصلاحية المبيع وملائمته لحاجة المشترى الشخصية اذا كـــان المقصود في تعليق البيع هو التثبت من صلاحية المبيع لحاجة المشترى · بينمـــا العبرة بصلاحيـة للغرض المقصود منه اذا كان الغرض من التعليق التثبت مـــن صلاحية المبيع في ذاته للغرض المقصود منه ·

وعليـــه لايجوز للمشترى أن يرفض المبيع في الحالة الاخيرة الا اذا تبـين عـدم صلاحيته للغرض المقصود من مثله عادة ، بينما للمشترى رفض المبيع في الحالـة الاولى، اذا تبين عدم صلاحيته لحاجته الشخصية حتى ولو كـــان يحقق الغرض المقصود من مثله

وأذا تعذر استخلاص قصد المتعاقدين ، من ظروف التعاقد فيفترضـــس أن المقصود من التجربة هـــو التحقق من ملائمة المبيع لحاجة المشترى الشخصية ·

وهذا هــو ما يستنتج من حكــم الفقرة الاولى من المـادة ٥٢٤ من القانون المدني التـي تنص على انه (في البيع بشرط التجربة يجوز للمشترى أن يقبـــل المبيع او يرفضه) ·

(١ـ٤) ذنون ص ٧٦ و ٧٧، غني حسون طـــه ١٤١ ، العامرى صـــ ٦٢ ، ٦٣ مرقس وامام ص ٣٨ ف ٣٨، السنهورى ج٤ ص ١٣٣ ، الصراف ٨٨ و ٨٩·

وما حكم هلاك المبيع لدى المشترى بقوه قاهره وهو ما يزال تحت التجربة ؟ لا صعوبه في حالة ما اذا كان البيع بشرط التجربة معلقا على شرط فاسخ ، حيث يتحمل المشترى تبعة هذا الهلاك نظرا لانتقال ملكية المبيع اليه من تاريخ انعقاد البيع ٠

ولكن الصعوبة تبرز في حالة ما اذا كان شرط التجربة واقفا ، حيث يثور التساؤل حول من تقع عليه تبعة الهلاك ٠

أن القانون المدني الفرنسي يعتبر البيع بشرط التجربة بيعا معلقا على شرط واقف دائما (١٥٨٨ م فرنسي) وبموجب المادة ١١٨٢ منه والمتعلقة بالشرط الواقف تقع تبعة هلاك المبيع على شرط التجربة قبل حصولها على البائع لا على المشترى ٠

ويذهب الشراح في مصر ، في ظل القانون المدني المصرى الجديد ، الى أن تبعة الهلاك تقع في الحالة مدار البحث على البائع ٠

ولا يجوز الاعتراض على هذا الرأى بداعي أن المشترى قد تسلم المبيع وان القواعد العامة تقضي بان تبعة الهلاك تدور وجودا وعدما مع التسليم ، ذلك لان هذه لقواعد انما تنطبق على البيع الناجز ، أما والبيع بشرط التجربة معلق على شرط واقف فأن تبعة الهلاك تقع دون شك على البائع لا على المشترى(١) ٠

ويميز القانون المدني العراقي بين يد الضمان ويد الامانة ولما كانت يد المشترى يد ضمان في البيع بشرط التجربة لذلك ، يكون هلاك المبيع عليه (٥٤٨) م مدني)(٢) ٠

---

(١) انور سلطان ف ٤١ ٠سلطان والعدوى ف٢١٧ ٠ السنهورى ج٤ ص ١٣٦ ، عبد العزيز عامر ص ٩٦ ٠

المبحث الرابع

البيـــع بشـرط المـــــــذاق

١ ـ تعريف البيـــع بشرط المذاق وتكييفـه القانونـــي :

عقد بموجبه يشترط المشترى علـى البائع الا يتم البيع الا اذا ذاق المبيـــع وارتضاه ٠على ان يعلن هذه القبول في المدة المتفـــق عليها او المدة التي يقضـــي بها العرف ٠ ولا ينعقد البيع الا من تاريخ هـذا الاعلان ٠(٥٢٥ م مدنـــــي)٠

وشرط المذاق قـــد يكون صريحا أو ضمنيا يستخلص من الظـــروف والملابسات ومن اهـــم هذه الظروف طبيعية المبيع ٠ أذ هنالك بعض المبيعـــات مما لايدرك كنهه ادراكا تاما الا بمذاقة كالزيت والزيتون وغيرها مـــن المأكولات والمشروبات التـــي تختلف فيها أذواق الناس /

واختلف الفقهاء في تكيفه ٠ فالبعض يعتبره بيعا معلقا علـــى شرط واقف هـــو قبول المشترى المبيع بعد ذوقه ٠ ويذهب الرأى الراجح الى اعتباره وعـدا بالبيع صادر من جانب البائع وملزم له ٠ وهذا الرأى يتفق مع حكم المـادة ٥٢٥ من التشريع العراقي الذى يقرر بأن بيع المذاق لاينعقد الا مـن الوقـت الـــذى يعلن فيه المشترى عن قبول المبيع ٠

٢ ـ احكام البيع بشرط المـــذاق :

البيع بشرط المذاق عقـــد ملزم لجانب واحد هـو البائع الـذى يلتـــزم بتمكين المشترى مـــن مذاق المبيع خلال المدة المحددة بالاتفاق أو العرف لاعـلان قبـــول المشترى أو رفضه ايـــــاه ٠

امـا المشترى فلـــه مطلق الحرية في رفض المبيع أو قبوله بعـد مذاقـه ٠ ولايجوز للبائع أن يثبت جـــودة المبيع أو أنـه من الصنف الذى اعتاد النـاســـ التعامـــل فيـــــه ٠

واذا قبل المشترى المبيع بعـد ذوقه انعقد البيع من تاريخ اعـلان المشـــرى رغبته في القبول لا من وقت ابرام الاتفاق الاول ٠

ولكن العقد لا ينعقد اذا مضت المدة المحددة بالاتفاق أو العرف لاعـــلان قبول المشترى للمبيع أورفضه اياه دون ان يعلن المشترى القبول أو الرفض رغم تمكنه مـــن مذاق المبيع ، لان سكوت المشترى لا يعتبر قبولا في هـذا النوع مـــن البيـــــوع ٠

ولا يشترط في قبول المشترى ان يكون صريحا ، بـــل يجوز أن يكـــون ضمنيا يستخلص مـــن تسلم المبيع بعـد مذاقـــه ٠

والمذاق يتم في الزمان والمكان المعينين في الاتفاق ، فـان لـــم يكـــن هنـــاك اتفاق صريح أو ضمني بهذا الصدد ، فيتبع العرف ، وان لـم يوجد عرف ففـــي المكان الذى يتـــم فيه تسليم المبيع ، وهـــو في الغالب المكان الذى يوجد فيـه المبيـــع وقـــت التعاقـــد ٠

٣ ـ الفروق بـين البيع بشرط المذاق والبيع بشرط التجربـة :

يمكن تلخيص أهم الفروق بين هذين النوعين من البيوع على الوجه الاتي : ـ

أ ـ الغرض من المـذاق هـــو التثبت من مناسبة المبيع لذوق المشترى ٠ بينمـا الغرض من التجربة اما أن يكون التثبت مـــن ملائمة المبيع للغرض المقصود منه أو التأكد من ملائمته لحاجة المشترى الشخصية ٠

ب ـ المذاق يكون عـادة قبل أن يتسلم المشترى المبيع ، أمـا التجربة فتكون بعد التسلـــــم ٠

جـ ـ لا يعتبر سكوت المشترى في بيـع المذاق قبولا ، بـل لابد مـــن اعـــلان المشترى قبول المبيع بعد مذاقه ٠ في حين يعتبر سكوت المشترى خـــلال مدة التجربة في بيع التجربة قبولا للمبيـــع ٠

د ـ البيع بشرط المذاق عبارة عـــن مجرد وعد بالبيع ٠ في حين أن البيع بشرط التجربة عقد بيع الا أنه معلق علـى شرط واقف أو فاسخ بحسب الاحوال٠

ولذلـك فالملكية تنتقل الى المشترى منذ وقت ابرام البيع بشرط التجربـــة نظرا للاثر الرجعي للشرط ٠أمـا في البيوع بشرط المذاق فان الملكية لاتنتقل الا مـــن وقت المذاق وقبول المبيع من قبل المشترى ٠ وتترتب النتائـج التالية : ـ

اولا ـ اذا أوقع دائن البائع حجزا علـى المبيع قبل الذوق والقبول ، نفذ الحجز في حـق المشترى في البيع بشرط المذاق ، لان ملكية المبيع لا تنتقل اليـه الا بعد القبول · في حين ان الحجز لا ينفذ في حق المشترى في البيع بشرط التجربة . نظرا لانتقال الملكية اليـه مستندة الى وقت ابرام هذا العقد .

ثانيا ـ في حالة افلاس البائع قبل قبول المشترى للمبيع ، يمتنع علـى الاخير مطالبة السنديك تسليمه المبيع باعتباره مالكا ، بينما للمشترى في البيـع بشرط التجربة ذلك · للسبب المبين في الفقرة (اولا) اعلاه ·

ثالثا ـ هلاك المبيع قبل قبول المشترى يكون علـى البائع دائما في البيع بشرط المذاق بينما يكون الهلاك على البائع في البائع بشرط التجربة ، اذا كانت التجربة شرطا واقفا ، وعلى المشترى اذا كانت شرطا فاسخا ·

ويذهب رأى الى عـدم ضرورة النص على حكم خاص يعالج بيع المـذاق ، بداعي امكانية الاكتفاء بالنصوص الخاصة بخيار الرؤية في هذا الشأن (١) ·

والراجح في رأينا هو أن الرؤية وان كان يعني العلم بالمبيع وان العلم قـد يتم بالذوق الا ان احكام العلم بالمبيع لاتكفي في هذا الصدد لان عدم العلم بالمبيع لا يحول دون انعقاد العقد ، في حين ان شرط المذاق يمنع ذلك ، اذان البيع لاينعقد الا من وقت اعلان المشترى قبول المبيع بعد مذاقه (٢) ·

كمـا يعترض الفقهاء علـى تكييف المشرع للبيع بشرط التجربة علـى أنـه بيع معلق شرط ، وتكييف البيع بشرط المذاق علـى انه مجرد وعد بالبيـع ملزم لجانب واحـد · ويرون وجو بالتسوية بينهما واعتبارهما مجرد وعـد بالبيع على رأى فريق منهم ، او اعتبارهما بيعا معلقا على شرط على رأى البعض الاخـر (٣) ·

---

(١) حسن علي الذنون ص ٢٨ ·

(٢) انور سلطان ص ٦٦ · الصراف ص ٨٢ ·

(٣) غني حسون طه ص ١٥٧ والفقة المشار اليه في الهامش ٢٤٥ و ٢٤٦ مـن نفس الصحيفـة ·

المبحث الخامس

البيـــع بشـــرط العربـــون

١ ـ تعريف العربون والغرض مـن دفعـه :

العربون مبلـغ من النقود يدفعه أحد المتعاقدين للاخر وقت التعاقد أمـا بقصد التأكيد على أن العقد الذي ابرماه قد اصبح باتا لايجوز الرجوع عنـه أو بقصد المحافظة على حق العدول عن التعاقد لكل منهما .

والتقنيات المدنية تتراوح بين الاتجاهين المذكورين اعلاه . فالتقنيـات الجرمانية كالقانون المدني الالماني وقانون الالتزامات السويسرى والتركي تأخـذ بالاتجاه الاول بينما تأخذ التقنيات اللاتينية كالقانون المدني الفرنسـي والقانون المدني الايطالي الاتجاه الثاني ، على أن كلا الاتجاهين قابل لاثبات العكس .

والاصل في التشريع العراقي هـو أن دفع العربون يفيد أن المتبايعين قـد عقدا بيعا نهائيا لا يجوز الرجوع عنـه وان العربون يعتبر جزءا مـن الثمن يجب خصمه من الثمن عند تنفيذ العقد . على أن هذا الاصل يجوز الاتفاق على جعـل العربون كجزاء للعدول عن التعاقد (٩٢ م مدني عراقـي) .

أمـا التشريع المدني المصرى فأنه يتبنى اتجاه القوانين اللاتينية . (١٠٣ م مصـــري) .

٢ ـ التكييف القانونـي للمبيع بشرط العربـون :

اختلف الفقة والقضاء في تكييف البيع بشرط العربون . فالبعض يذهب الى أن البيع بشرط العربون عبارة عـن عقد معلق على شرط واقف هو عدم عـدول احـد المتعاقدين عنه . فأذا تحقق الشرط بـأن مضت المدة المتفق عليها دون ان يعدل احد المتعاقدين عن البيع ،نتج العقد اثاره بأثر رجعي .أمـا اذا تخلـف الشرط بأن عدل احد المتعاقدين عـن التعاقد ، فأن العقد يزول في هذه الحالـة ولا ينتج أى اثـر سوى أن من عدل عن البيع يفقد قيمة العربون في مقابل عدوله.

ويعتبره اخرون بيعا معلقا علـى شرط فاسخ فالعقد يقوم منتجا لكافة آثاره الا اذا تحقق الشرط الفاسخ باستعمال احـد المتعاقدين لحقه في العدول عـن التعاقد ، حيث يزول العقد واثاره باثر اجعي ، على انه يترتب على من عـدل عـن التعاقد ترك العربون اذا كان هو الذى دفعه ، او رده مضاعفا ان كان هـو الذى قبضـه (١) .

ويذهب فريق اخر من الشراح الى القول بانه (يمكن تكييف العربون الذى يدفع في مقابل العدول عـن العقد بانه البدل في التزام بدلـي ، ويكون المديـن ملزما أصلا بالالتزام الوارد في العقد ، ودائنا بالحق الذى يقابـل هذا الالتزام ، ولكن تبرأ ذمته من الالتزام ويسقط الحق المقابل لـه اذا هـو أدى العربون . ومؤدى ذلك ان العدول في حالة دفـع العربون لا يكون عـن العقد في جملته بـل عـن الالتزام الاصلي والحق المقابل له ، والعربون بـدل مستحق بالعقد ،فدفعه انما هو تنفيذ للعقد فيإحد شطريه وهو البدل ،لا عدول عنه في جملتـه (٢) .

ويذهب بعض الشراح عندنا الى اعتبار العربون صورة خاصة مـن صـور الشرط الجزائي (٢) .في حين يرى البعض الاخر وجوب التمييز بين حالتيـن : حالة اشتراط العربون كوسيلة لنقض العقد ، وحالة اشتراطه كضمان لتنفيـذه ويعتبرون العربون في الحالة الاولى التزاما بدليا يلتزم المتعاقـد بتنفيذه اذا اراد ان لاينفذ التزامه الاصلي (١) . امـا في الحالة الثانية فالعربون ليس الا نوعـا من انواع التامينات التي يستخدمها الدائن كوسيلة لضمان حقه القائـم لـدى مدينه ،أى انـه عبارة عن وسيلة لضمان اداء المدين لالتزامة العقدى .

واذا كنا نتفق مع الرأى الاخير بالنسبة للحالة الاولى ، فاننا نرى بأن العربـون في الحالة الثانية ليس سوى جزء من الثمن يدفع كدليل على بتات العقد وعـدم امكان العدول عنه من قبل احد الطرفين الامر الذى يعني بان لكل طرف ،في حالة امتناع الطرف الاخـر عن تنفيذه ،المطالبة بالتنفيذ العيني او الفسخ وفقا للقواعد العامة الخاصة بتنفيذ العقود .

---

(١) بصدد هذين الرأيين يلاحظ ١ غني حسون طه ص١٥٥ والفقه المشار اليه
(٢)السنهورى ج ٤ ص ٩١ .
(٣)حسن علي الذنون ص ٣٥٥ .

٣- حكـــم العربون

يختلف حكم العربون باختلاف ما اذا كان قد دفع كوسيلة لضمان تنفيـــذ العقد أو كان قد دفع كجزاء للعدول عن التعاقد (١) .

أ- العربون كوسيلة لضمان التنفيذ : اذا كان العربون قد دفع كوسيلة لضمان تنفيذ العقد ، فالعربون يعتبر تنفيذا جزئيا للعقد يجب استكمال تنفيذه .

ويترتب على ذلك انه لايجوز لاحـــد طرفي العقد ان يستقل بنقض العقـد مقابل تنازله عن العربون الذى دفعه ، او مقابل رده للعربون الذى قبضه مضاعفا الى الطرف الاخـــر .

والعقد في هذه الحالة يخضع لاحكام القواعد العامة الخاصة بالتنفيذ العينـــــي أو الفسخ مع المطالبة بالتعويض ان كان لـه مقتضى بحسب الأحوال ، ولا اثـــر لمبلـغ العربون في التعويض ، اذ للمحكمة ان تحكم على الطرف الذى أخل بالتزامه من العاقدين بتعويض يزيد او يقل عن مقدار العربون وذلك حسب جسامـــــة الضرر الحاصل ، بل لها ان لاتحكم اصلا بالتعويض اذا تبين عدم حصـــول ضرر من جراء عدم تنفيذ العقد . وفي الحالة الاخيرة عليها الحكم باعادة مبلـــــغ العربون الى الطرف الذى دفعـــه .

ب- العربون كجزا للعدول : اذا قدم العربون كجزاء للعدول عن البيع واستعمل دافع العربون خيار النقض فقده . أما اذا أراد من قبض العربـــون العدول عن البيع ، فعليه رد ماقبضه من العربون مضاعفا الى الطرف الاخـــــر فالعربون ملزم لمن يريد العدول عن التعاقد ولو لـــم يصب الطرف الاخـــر ايما ضرر بسبب ذلك .

أن الاحكام اعلاه تطبق في حالة ما اذا ورد العربون في عقد صحيح . امـــــا اذا ورد في عقد بيع عقار خارجي (باطل) فيرى البعض وجوب التمييز بيـــــن ماإذا كان العربون قـد دفع كدليل على بتات العقد او دفع كجزاء للعـدول عنـه وفي الحالة الاولى اذا كان الناكل هـو مـن دفـع العربون فيجوز الحكـــم عليـه

---

(١) الصراف ص٧٠و٧١ . العامري ص ٥٧

بتعويض يتناسب مع جسامة الضرر الذي اصاب الطرف الاخر وفقا للقواعد العامة ويصرف النظر عن مقدار العربون . اما اذا كان الناكل هو الطرف الاخر فيتوجب عليه اعادة العربون كاملا لمن دفعه مع تعويضه عن الضرر الذي اصابه بسبب هذا النكول (١١٢٧م مدني) :اما في الحالة الثانية فتطبق احكام المادة (١١٢٧) او المادة (٩٢) من القانون المدني على حسب الحال (١)

ويلاحظ ان محكمة التمييز تقرر في هذا الصدد بانه اذا عدل من دفع العربون فانه يخسره ، واذا عدل من قبضه وجب عليه رده مضاعفا . لان عقد بيع العقار غير المسجل في دائرة التسجيل العقاري وان لم تنتقل به ملكية العقار ، غير انه عقد صحيح نافذ لازم وكل طرف فيه ملزم بالقيام به (٢) .

فالطرفان اتفقا على جعل العربون تعويضا عن الاخلال بالعقد .

ونرى ان الاثار المشار اليها في القرار اعلاه لاتترتب على عقد بيع العقار غير المسجل لانه عقد باطل . وانما تترتب على عقد اخر هو (التعهد بنقل ملكية عقار) المشار اليه في المادة (١١٢٧(المعدلة) من القانون المدني

---

(١) شاكر ناصر ــ الوجيز ١٩٦٩ ص ١٣١ .

(٢) قرار محكمة التمييز المرقم ٤٠/ استئنافية /٩٧٠ في ٧/٦/٩٧٠ النشرة القضائية السنة الاولى . العدد الثاني ص ١٣٨ـ١٤٠ كما يلاحظ القرار ٢٠٢٣/ص/٩٦٨ في ٢٨/١٢/٩٦٨ قضاء محكمة التمييز المجلد الخامس ص ٣٢٥ .

الفصل الثاني

محل عقد البيع

البيع عقد ملزم للجانبين ، فهو ينشيء التزامات في ذمة البائع محلها الرئيسي هو المبيع ، وينشيء التزامات في ذمة المشترى محلها الرئيسي هو الثمن ولذلك يكون للبيع محلان هما المبيع والثمن ونبحثهما في الفرعين التاليين .

الفرع الاول

المبيع

يعتبر المبيع ركنا من اركان عقد البيع فاذا انعدم هذا الركن لم ينعقد بين المتعاقدين بيع .

وتعرف المادة ٥٠٦ من القانون المدني البيع بأنه (مبادلة مال بمال) فالمبيع اذن هو (مال) . والمال ، كما تعرفه المادة ٦٥ من القانون المدني هو (كل حق له قيمة مادية) .

ويترتب على ما تقدم ان المقصود بالمبيع ليس هو الشيء بذاته ، بل الحق الذى يرد على هذا الشيء ، اى هو المال وليس الشيء في ذاته لان المال هو الحق الذى له قيمة مادية ، سواء كان حقا عينيا ، ام شخصيا ، ام حقا من الحقوق الادبية .

اما الحقوق غير المالية كالحقوق السياسية والحقوق العامة وحقوق الاسرة فلا تصح ان تكان مبيعا لانها لاتعتبر مالا .

ويلاحظ ان التشريع المدني العراقي لايحتوي على نص خاص بشأن شروط المبيع عدا نص المادة ٥١٤ التي تنص على انه (١- يلزم ان يكون المبيع معينا تعينا نافيا للجهالة الفاحشة .

٢ - ويصح بيع الاشياء والحقوق المستقبلية اذاكانت محددة تحديدا يمنع الجهالة والغرر . لذلك ينبغي الرجوع الى احكام القواعد العامة الخاصة بمحل العقد

والمحددة في المواد من ١٢٧ الى ١٣٠ من القانون المدني والتي بموجبها ينبغي ان يكون المحل موجودا او قابلا للوجود وان يكون معينا او قابلا للتعيين وان يكون قابلا للتعامل فيه .

وحيث ان هذه الشروط تدخل ضمن شروح النظرية العامة للعقد فاننا نحيل اليها . ولكن مع ذلك يجب الاشارة الى ان عقد البيع لاينعقد اذا تبين بان المبيع لم يكن موجودا وقت ابرام العقد او قبله كما في حالة هلاكه المقارن او السابق لابرام العقد . سواء أكان قانونيا او ماديا ، وسواء كان الهلاك مجهولا من الطرفين أو معلوما لاحدهما دون الاخر . الا أن للمشتري مطالبة البائع بالتعويض وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية ان كان البائع يعلم وحده بالهلاك او كان من السهل عليه أن يعلم به وتبين اهماله (١) .

أما الهلاك اللاحق فانه لايبطل العقد وانما يجعله منفسخا لاستحالة تنفيذ البائع لالتزامه بتسليم المبيع الى المشتري . ولكن للمشتري مطالبة البائع بالتعويض اذا كان الاخير قد تسبب فيه ،وهذا يعني ان العقد لاينفسخ في هذه الحالة وانما يتاكد حكمه بالزام البائع بالتعويض . وهذا طريق من طرق تنفيذ العقد (التنفيذ بمقابل)

وفي حالة الهلاك الجزئي للمبيع السابق او المقارن لابرام العقد فان المشتري يكون مخيرا بين فسخ البيع وبين ابقائه مع انقاص الثمن (٥٤٧م مدني) .

واذا بيعت عدة أشياء بثمن واحد وهلك بعضها دون البعض الاخر فان للمشتري ترك البيع من دون حاجة لتكليفه باثبات انه ما كان ليشتري بعض المبيع دون البعض الاخر ،لان الاشياء جمعتها وحدة الثمن وان رضا المشتري قد انصب عليها جميعا بالثمن المتفق عليه ، وهذه الحالة تختلف عن حالة بيع عدة اشياء مع تسمية ثمن لكل منها الا اذا اثبت أن الجزء الباقي لانفع له منه للمشتري ان يتحلل من البيع كله الا اذا اثبتت أن الجزء الباقي لانفع له منه اى أن البيع يبطل بالنسبة للهالك منها وينعقد صحيحا بالنسبة للباقي .

---

(١) الهلالي وحامد زكي ص ١١٨ .

الاحكام اعلاه تطبق اذا كان المبيع من الاشياء المعينة بالذات امـــا اذا كـــان من المثليات ، فان العقد يبقى صحيحا ويلزم البائـــع بتسليـــم مثـل المبيـــع لان (الاشياء المثلية لاتهلك) .

ولايشترط المشرع لانعقاد البيع ان يكون المبيع موجودا دائما بـل قـــــد يكتفي بأحتمال وجوده في المستقبل ، حيث يجيز بيع الاشياء المستقبليـة بشرط أن تكون محددة تحديد نافيا للجهالة الفاحشة (١٢٩ ، ٥٩٤م مدني) .علـــى أن يستثنى من هذا المبدأ التعامل في تركـه انسان علـى قيـد الحياة الا في الحالات الجائزة قانونا كالوصية مثلا .

وحكم بيع الأشياء مستقبلة يختلف باختلاف ما اذا كان يقصد منها مجازفة المشترى في وجود المبيع أو مجازفته في قدر المبيع فقط . ففي الحالة الاولى يكـون العقد من العقود الاحتمالية (عقود الامل والحظ) وينعقد باتـا ومطلقا ويلتـــزم المشترى بدفع الثمن سواء وجد المبيع أو لـم يوجد كما هـو الحـال في شـــراء ورقـة اليانصيب ، على أن يكون تحقق الامل أو عدم تحققه متروكـا لظـــروف لادخل لاحد المتعاقدين فيها . واذا تسبب احـد المتعاقدين في عدم تحققه كـــان للطرف الاخر مطالبتة بالتعويض واسترداد ما دفعه .

امـا في الحالة الثانية فان البيع يعتبر معلقا على شرط واقف هـــو وجـــــود المبيع في المستقبل . لذلك فان العقد يزول اذا انعدم المبيع بان لـم يوجـــــد اطلاقا . اما اذ وجد فان العقد يصبح باتا ونافذا ويلتزم المشترى بدفـــــع الثمن بصرف النظر عن مقدار المبيع .

ولمعرفة ماذا كان العقد احتماليا محضا أو معلقا على شرط واقـف ينبغـــي الرجوع الى نية الطرفين واستخلاصها من شروط المتعاقدين .واذا تعـــــذر ذلك وجـــب اعتباره بيعا معلقا على شرط واقف هو وجود المبيع ، لان العـرف قد جرى بان المشترى لايجازف في وجود المبيع نفسه ، وانـه لايدفـع الثمن الا في مقابل شيء محقـق ، وأن بيع الامل والحظ هـو الاستثناء (١) .

---

(١) الهلالي وحامد زكي ص ١٢٢ .

كما يلاحظ بان الشراح [illegible] معيارا للتمييز بين صور التعامل على تركه مستقبله والتصرفات التي قد تبدو كذلك لاول وهلة ، وبموجبه اذا كان الحق مدار التعامل مما لاينشأ الا عند موت المورث فالتعامل باطل لانه تعامل في تركه مستقبله ، اما اذا لم يتوقف نشوء الحق على موت المورث فانه تعامل صحيح ولو كان تنفيذ الحق لايتم الا بعد وفاته . ومثال الحالة الاولى اتفاق شخص مع اخر على ان يبيع له حق ميراثه بمبلغ معين . اما مثال الحالة الثانية فهو أن يبيع شخص لاخر شيئا ويشترط المشتري [illegible] الا [illegible] تركة ابيه (1) .

اما تعين المبيع فيخضع للقواعد العامة في تعين المحل والمبينة ضمن شروح النظرية العامة للعقد . ولكن هنا نضيف فقط بان بيع الاشياء المثلية جزافا يعتبر في حكم بيع الاشياء المعينة بالذات ، ولذلك يكفي لتعين المبيع هنا بيان وصفه وجنسه ونوعه كما في حالة بيع شخص لجميع ما في مخزنه من حنطة أو شعير . والبيع يعتبر جزافا حتى ولو وجب لتحديد الثمن تعيين مقدار الثمن ، كان يبيع شخص جميع ما في مخزنه من حنطة بسعر الطن (٢٥٠) ـ دينارا . فالبيع يعتبر جزافا ولو كان تحديد مقدار المبيع ضروريا لتحديد الثمن ، لانه قد تعين بما هو موجود في المخزن وان وزن الحنطة ليس ضروريا لتعيين المبيع في العقد ، وانما هو ضروري لتحديد الثمن .

ويجوز ان يتم تعيين المبيع على اساس نموذج يقدمها البائع للمشتري ويسمى البيع ((البيع على نموذج)) .وتقديم النموذج يغني عن تعين المبيع باوصافه . كما يغني عن رؤيته .

ويلتزم البائع بان يقدم للمشتري بضاعة مطابقة للنموذج والا كان الاخير مخيرا بين قبولها بالثمن المسمى او فسخ البيع كما لو كان المبيع دون النموذج المتفق عليه . كما للمشتري المطالبة بالتنفيذ العيني كلما كان ذلك ممكنا . وله الحصول على شيء مطابق للنموذج على نفقة البائع بعد استئذان المحكمة او بدونه في الاحوال المستعجلة و [illegible] في حالة فسخ البيع [illegible] بالتعويض عما اصابه من ضرر

---

(1) د. [illegible] الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، ص٦٣ .

نتيجة عدم تنفيذ البائع لالتزامه ، ولكن ليس للمشتري قبول المبيع غير المطابق للنموذج مع المطالبة بانقاص الثمن لانه مخير قانونا بين رد المبيع وفسخ البيع او قبوله بالثمن المسمى في العقد . (٥١٨ ، ٢٤٨ م مدني) .

وأذا هلك النموذج وكان في يد المشتري وادعى عدم مطابقة المبيع المسلم لـه وجب على البائع ان يثبت المطابقة سواء حصل الهلاك بخطأ منه او بسبب اجنبي ويجوز الاثبات هنا بطاقة طرق الاثبـات (١) .

وفي حالة حصول نزاع حول ذات النموذج ، بل انكر احد الطرفين ان النموذج الموجود لدى الطرف الاخر هو النموذج المتفق عليه ، فـان القواعـد العامـة في الاثبات هي التي تطبق ، فمن كان النموذج في يده يعتبر مدعـا عليـه والطـرف الاخر يعتبر مدعيا ويقع عليه عبء الاثبات لان البينة على من ادعى .

وأخيرا ينبغي أن يكون المبيع قابلا للتعامل فيـه .

الفـرع الثانـي

الثمـن

تنص المادة ٥٢٦ من القانون المدني على أن (١- الثمن مايكون بدلا للمبيع ويتعلق بالذمـة ٢- ويلزم أن يكون الثمن معلوما بان يكون معينا تعينا نافيـا للجهالة الفاحشة) . وتنص الفقرة الاولى من المادة ٥٢٧ من القانون ذاتـه علـى انـه (في البيع المطلق يجب أن يكـون الثمن مقدرا بالنقد . ويجوز أن يقتصر التقدير على بيان الاسس التي يحدد الثمن بموجبها فيما بعد) .

وظاهر مما جاء اعلاه انـه يشترط في الثمن الشروط التالية التي سنبحـث كل منهـا في مبحث خاص .

---

(١) العامري ، ص٧٧ . غني حسون طـه ، ص١٧٨ .

المبحث الاول

الثمن مبلغ من النقود

يجيز الفقه الاسلامي أن يكون الثمن شيئا مثليا من غير النقود ٠ اما القانون المدني فانه يشترط أن يكون الثمن مبلغا من النقود (٢/٥٢٧م مدني) ٠

فاذا كان الثمن مبلغا من النقود كان العقد بيعا ٠ الا انه هنالك بعض الحالات التي يكون فيها المقابل شيئا من غير النقود ،اوقد يكون بعض الثمن من غير النقود ، فما الحكم في هذه الحالات ؟

يجب التمييز بين الحالات الاتية :ـ

١ـ طبيعة العقد اذا كان الثمن اوراقا مالية او بضائع :ـ

يذهب البعض الى اعتبار العقد بيعا اذا كان من الميسور تقدير قيمة العوض نقدا ، كما هي الحال في الاوراق ، المالية والبضائع التي تسهل معرفة ثمنها نقدا بالرجوع الى كشوف التسعيرة ٠أو الى البورصة ٠

الا ان معظم الشراح يخالفون الرأى اعلاه ويقررون بان العقد في الحالة مدار البحث مقايضة لابيع ، لانه قد انصب مباشرة على المبيع وعلى الاوراق المالية خاصة وأن الاخذ بالرأى الاول سيؤدى الى اعتبار المقايضة بيعا كلما امكن تقويم احد البدلين بالنقد (١) ٠

٢ـ طبيعة العقد اذا كان المقابل التزاما بعمل :

قد يلتزم شخص بان يعطي شيئا لاخر مقابل التزام الاخير باطعامه وايوائه والقيام بكسوته ، فهل يعتبر هذا العقد بيعا ؟

يذهب الفقه الى أن هذا العقد لايعتبر بيعا ولامقايضة ٠ فهو لايعتبر بيعا ، لان العوض ليس نقدا وانما هو التزام بالقيام بعمل معين هو الاطعام

---

(١) بالنسبة للاراء التي ترد فيما يلي يراجع : الهلالي وحامد زكي ص ١٠٨ مرقس وامام ص ٨٤٠ وانور سلطان ص ١٦٦ ٠

والايواء والاكساء . كما ان العقد لايعتبر مقايضة ، لان المقايضة هي مبادلة مال بمال ، في حين أن التزام احد الطرفين في العقد مدار البحث هو التزام بعمل .

ولذلك جرى الشراح على اعتبار هذا العقد من العقود غير المسماة فتسري عليه الاحكام العامة في نظرية الالتزام

٣ - طبيعة العقد اذا كان المقابل دينا في ذمة البائع :

يذهب الشراح الى اعتبار العقد وفاء بمقابل في حالة كون المقابل دينا في ذمة البائع ، كما لو اعطى المدين لدائنه مالاً منقولا او عقارا في مقابل دينه الادائه نظرا لتوافر جميع اركان البيع في هذا العقد ، فيجب سريان احكام البيع عليه

وهذا الرأى ينسجم مع حكم المادة ٤٠٠ من القانون المدني العراقي التي تنص (٢) . في هذا الصدد على انه (يسرى على الوفاء بمقابل من حيث انه ينقل ملكية الشيء الذى اعطى في الدين احكام البيع وبالاخص ما يتعلق منها باهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية . ويسرى عليه من حيث انه يقضي الدين احكام الوفاء وبالاخص ما يتعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات)

٤ - طبيعة العقد اذا كان الثمن ايرادا مؤبدا أو مؤقتا :

اختلف الشراح في هذا الصدد . ففريق منهم يذهب الى ان العقد في هذه الحالة هو مقايضة على الشيء بحق الايراد أو المرتب .لان الثمن في حالة الايراد المؤقت أو المؤبد لايتمثل في الاقساط التي يدفعها المشترى ، بل في حق الايراد ذاته . ويعتبره اخرون بيعا .بداعي أن الايراد من النقود من جهة ولانه يكفي لاعتبار العقد بيعا أن يكون الثمن من النقود ، سواء اكان هذا المبلغ معجلا او مؤجلة ، وسواء اكان يدفع دفعه واحدة او كان مقسطا

٥ - طبيعة العقد اذا كان بعض المقابل من غير النقود :

نظرا لسبق بحث طبيعة العقد مدار البحث ، فنكتفي هنا بما بيناه سابقا

المبحث الثاني

الثمن مقدر او قابل للتقدير

لما كان الثمن احد محلي عقد البيع . فيجب أن يكون مقدرا أو على الاقل قابلا للتقدير وألا فلا ينعقد العقد . (٢/٥٢٦ مدني) .

والاصل ان يتم تقدير الثمن باتفاق المتعاقدين غير ان هناك حالات يكون الثمن فيها مفروضا على البائع والمشتري كما هو الحال في التسعير الجبري الذي تلجأ اليه الدولة في الحروب والازمات .وكذلك التسعير الذي تقرره الدولة بالنسبة للمرافق العامة كالماء والكهرباء والغاز السائل . كما ان هنالك بيوع يتحدد فيها الثمن دون حاجة للرجوع الى ارادة البائع كبيوع المزاد العلني ونزع الملكية للمنفعة العامة .

ولايشترط لانعقاد البيع اتفاق المتعاقدين على الثمن وقت ابرام العقد بل يكفي لذلك اتفاقهما على الاسس التي يمكن تحديد الثمن بمقتضاها تحديدا نافيا للجهالة الفاحشة ومانعا من النزاع .(١/٥٢٧م مدني) .

ويترتب على ذلك جواز اتفاق الطرفين المتعاقدين على ،حتساب الثمن باضافة ربح معين الى الثمن الذي اشترى به البائع ،أو الى ثمن الكلفة ،أو أن يحسب الثمن على اساس متوسط الاثمان التي باع بها البائع في يوم أو في اسبوع أو على اساس سعر السوق في تاريخ ومكان معينيين .

ألا انه لايجوز للمتعاقدين الاتفاق على أن ينقل البائع ملكية المبيع الى المشتري مقابل الثمن الذي يساويه .لان هذا العقد يؤدي الى النزاع . وكذلك الحكم لو اتفقا على أن يكون الثمن هو ما يقبل أن يشتري به اي شخص أخر، لان هذا الاتفاق قد يؤدي الى الضرر والغش بأحد المتعاقدين .فقد يتفق البائع مع شخص اخر على أن يعرض عليه ثمنا مرتفعا لاجبار المشتري على الشراء بهذا الثمن . أو قد يتفق المشتري مع شخص اخر على أن يعرض على البائع ثمنا بخسا لاجبار الاخير على البيع بهذا الثمن .

ولايجوز ترك تقدير الثمن لاحد المتعاقدين لان ذلك يجعل المتعاقد الاخـــر تحت رحمة المتعاقد المفوض بتحديد الثمن والذى يكون قادرا على ابطال مفعول العقد بالامتناع عن تحديده (١) .

ولكن هنالك من يذهب الى جواز ترك تقدير الثمن لاحد المتعاقدين بشرط ان يكون الثمن عادلا ، بداعي انـه للطرف الاخـر مراجعـة القضاء لتحديد الثمن العادل اذا حدد الطرف المفوض بتحديد الثمن ثمنا غير عادل ، او امتنـــع عـــن التحديد ، كما يرى البعض صحة الاتفاق الذى بمقتضاه يلتزم المشترى بقبول الثمن الـذى يحدده البائع . أما الاتفاق الذى بمقتضاه يترك تحديد الثمن للمشترى فيعتبـــر باطلا تطبيقا لنظرية الشرط الارادى (٣) .

وكذلك لايجوز للمتعاقدين تأجيل الاتفاق على الثمن الى وقـت مستقبـل ،والا فلا ينعقد بينهما بيع لعدم اتفاقهما على ركن من اركانه .

وينص القانون المدني على ثلاثة أسس يمكن بموجبها تحديد الثمن وهـــي :ـ

١ـ البيـع بسـعر الســـــوق :ـ

اذا كان الاتفاق ينص على البيع بسعر سوق في مكان وزمان معين حيث يجب اخذ هذه السوق بنظر الاعتبار عند تحديد الثمن . واذا لم يحدد مكان وزمان هـذه سوق فالسوق هي سوق زمان ومكان التسليم . اما اذا لـــم يكن في مكـــان التسليم سوق فالسوق هي المكان الذى يقضي العرف بأن تكون اسعـــاره هـــي السارية . (٢/٥٢٧ مدني) .

والسوق لاتقتصر على الاسواق المنظمة كالبورصات ، بل تشمل كل مكان يجتمع به العرض والطلب على نطاق غير ضيق

٢ـ البيع بالسعر المتداول في التجارة او السعر الذى جرى عليـه التعامـــل بين المتعاقديـــن : ـ

لايشترط المشرع تحديد الثمـن أو تحديد الاسس التـي تـؤدى الى تحديـده صريحا بل هو يجيز للمتعاقدين تعيينه ضمنا . اذ مـــن الممكن أن ينطوى سكوت

(١) الهلالي وحامد زكي ص١١٠ وعكس ذلك سليمان مرقس ص١٧١

المتعاقدين عن تحديد الثمن على اتفاق ضمني على ترك تحديده الى سعر السلعة المداول بين التجار وذلك تبعا لظروف وملابسات التعاقد . وفي هذه الحالة يعتبر الثمن قابلا للتقدير . وعند تقديره يؤخذ سعر السلعة المتداول بين التجار بنظر الاعتبار ، سواء كان هذا السعر هو سعر البورصة او سعر الاسواق المحلية في مكان تسليم المبيع .

والعبرة ليست بقيمة المبيع في ذاته ،بل بسعره المتداول في الاسواق سواء اكان هذا السعر اقل او اكثر من قيمته الحقيقية . وللقاضي الاستعانة بخبير من التجار لتحديد سعر السوق اذا لم يتبين له وضوح السعر المتداول في الاسواق . كما يلاحظ أن بامكان المتعاقدين الاتفاق ضمنا على أن يكون الثمن هو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما . وعليه اذا اعتاد تاجر المفرد أن يطلب كل يوم او كل اسبوع من تاجر الجملة بضاعة معينة دون ان يحدد له الثمن ،فيمكن أن يستفاد من ذلك انه قصد ضمنا أن يكون الثمن هو الثمن الذي جرى به التعامل بينهما سابقا الا اذا نبه البائع عميلة (تاجر المفرد) برفع هذا الثمن (٥٢٨م مدني) .

ب- البيع على اساس الثمن الذي اشترى به البائع :

فالمشرع يجوز للمتعاقدين الاتفاق على جعل الثمن الذي اشترى به البائع اساسا لتقدير الثمن كأن يتفقا على أن يكون الثمن هو مثل الذي اشترى به البائع أو أكثر أو باقل من ذلك .

وفي هذه الحالات يتوجب على البائع ان يبين هذا الثمن . وللمشتري ان يثبت أن الثمن الذي بينه البائع يزيد على الثمن الحقيقي ، وله أن يثبت ذلك بكافة طرق الاثبات ومنها البينة والقرائن ،لان الاثبات بالنسبة للمشتري هنا اثبات لواقعة مادية لاتصرفا قانونيا . فضلا عن أن البيان الصادر من البائع بثمن اعلى من الثمن الحقيقي ينطوي على غش والغش يثبت بجميع طرق الاثبات (٥٣٠م مدني) .

وحكم المادة ٥٣٠ اعلاه مقتبس من الفقه الاسلامي ولا نظير لـه في القوانين المدنية الاجنبية ٠ ويطلق الفقه الاسلامي على هذه البيوع ــ (بياعات الامانـة) ٠ وهذه البيوع هي : بيع المرابحة ، و٠وبيع الاشراك ، وبيع الوضيعة ٠

والمشترى في هذه البيوع يحتكم الى ضمير البائع ويطمئن الى امانتـه ، فيبتاع منه البضائع بمثل الثمن الذى اشترى به البائع او بأكثر او ... من ذلك ٠

والرأى الراجح عندنا يذهب الى عدم ضرورة حكم المادة ٥٣٠ اعـلاه ، لان في القواعد العامة مايغني عنه ٠ فقد سبق للمشرع العراقي أن نص على حكم المـادة المذكورة في الفقرة الثانية من المادة ١٢١ من القانون المدني العراقي التـي تنص على انه (ويعتبر تغريرا عدم البيان في عقود الامانة التي يجب التحرز فيهـا عن الشبه بالبيان كالخيانة في المرابحة والتولية والاشراك والوضيعة) وما يؤيد الرأى اعلاه هو ان حكم هذه البيوع في القوانين الاجنبية هو نفس الحكم الوارد في المـادة ٥٣٠ من التشريع العراقي رغم عدم وجود نص مماثـل في القوانين المذكورة (١)٠

٣ ــ ترك تقدير الثمن لاجنبي يتفق عليه المتعاقدان :

تجيز المادة ١٥٩٢ من القانون المدني الفرنسي للمتعاقدين ان يفوضا امر تحديد الثمن الى شخص آخر او الى اشخاص آخريـن ٠

اختلف الشراح بشان طبيعة التفويض فاعتبر البعض منها مهمه الاجنبي تحكيما واعترض عليه لان التحكيم يفترض قيام نزاع في حقوق موجودة بالفعل في حيـن المطلوب هنا هو تحديد الثمن الذى يعد ركنا من اركان العقد ٠

واعتبره آخرون خبرة الا انه أعترض عليه لان رأى الاجنبي ملـزم خلاف رأى الخبير وقضى القضاء الفرنسي في بعض احكامة بان عمل الاجنبي لايعتبر تحكيمـا بحتا او خبرة خالصة ،بل هو يجمع بين التحكيم والخبرة (١) واعتبره في احكام اخرى لــه وكيلا عن المتعاقدين (١) اللذين احـلا أرادته محل ارادتيهما والتزمـا باحترامها وهذا الرأى هو الراجح

---

(١) الصراف ص ١٢٣ ٠ ذنون ف ١٣٠ ٠ غني حسون طه ص١٩١ ٠

ومع ذلك يعترض البعض(١) عليه بداعي أن الوكيل ليس له الا صفة النيابة عن الموكل . في حين أن هؤلاء المفوضين بتقدير الثمن لهم ارادة مستقلة ورأى نافذ على المتعاقدين .

وما حكم العقد المشتمل على التفويض ؟

يعتبر البعض مثل هذا العقد مجرد مشروع أى عقدا ناقص لايتم الا عند تقدير الثمن (٢)

ولكن الرأى الراجح هو ان عقد البيع ينعقد من تاريخ اتفاق الطرفين على تعيين الاجنبي لتحديد الثمن حتى ولو لم يحدد بعد . فالعقد يعتبر بيعا معلقا على شرط واقف هو تحديد الثمن من قبل الاجنبي المفوض بذلك في العقد فاذا تحقق هذا الشرط . لزم البيع وانتج اثاره باثر رجعي الى تاريخ الاتفاق . واذا لم يتحقق الشرط المذكور اما نظرا لامتناع الاجنبي أو أحدهم عن تحديد الثمن أو بوفاته فان البيع يعتبر كأن لم يكن في هذه الحالة .ولايجوز للمحكمة أن تتدخل وتقوم بتحديد الثمن بدلا عن الاجنبي لان تدخلها يعتبر تدخلا في تكوين العقد وهذا امر ليس للمحكمة ان تفعله (٣) .

ورأي الاجنبي ملزم للعاقدين وللمحكمة ولكن يجوز الطعن فيه في الحالتين التاليتين وذلك وفقا للقواعد العامة :ـ

أ ـ اذا ثبت أن الاجنبي المفوض بتقدير الثمن قد ارتكب تدليسا ضد احد الطرفين المتعاقدين أو اذا كان هو ضحية تدليس صادر من احد الطرفين او اذا كان واقعا في غلط .

ب ـ اذا كان الشخص المفوض بتقدير الثمن قد تجاوز الحدود التي رسمها له الطرفان (٤)

وتخول المادة ٣١٩ من القانون الالماني المتعاقدين حق الاعتراض على الثمن الذى يقدره الاجنبي المفوض بذلك في حالة مخالفته للعدالة عند تحديده

---

١) بصدد هذه الاراء يراجع : الهلالي وحامد زكي ص١١٢ و ١١٣ و ١١٤ السنهورى ج ٤ص ٣٧٩ هامش (١) . الصراف ص١١٩ سليمان مرقس ص ١٣٥ ، انور سلطان ص ١٧٥ ، العامرى ٨٦ . غني حسون ص١٩١و١٩٢
(٢ـ٤) يراجع بصدد هذا الرأى : الهلالي وحامد زكي ص١١٤ هامش (٢) انور سلطان ص٧٧ . السنهوري ج٤ ص٣٧٩ هامش (١)

الثمن مخالفة ظاهرة .ولايجوز الاخذ به في التشريع الفرنسي لعدم وجـــود حكم مماثـــل للالمانـــي » (١)

اما اذا لم يعين المتعاقدان الاجنبي المفوض في نفس العقد بـــل اتفقـــا عليه في عقد لاحق . فان البيع لايوجد الا من تاريخ الاتفاق اللاحق ،اى تاريـخ تعيين الاجنبي . لان العقد الاول لايشمل على ثمن ولا على تفويض احـــد بتقديره حتـى يمكن اعتباره معلقا على شرط واقف .

واذا اتفق المتعاقدان على تفويض اجنبي بتقدير الثمـن ولكن دون ان يحـــدد في العقد ، ثـم يتفقـا على تسميتـه بعـد ذلـك فالبعـضيذهـب الى أن ليـــس هناك من مانع يمنع المحكمة من ذلـك ،لان ـ المحكمة في هذه الحالـة لاتتدخل في تكوين العقد ، بل تعمل على تفسير ارادة المتعاقدين الضمنية (٢)
الرأى الراجح فقها وقضاء الى خلاف ذلك لان وظيفة القضاء هـي حسم المنازعات ولا يدخل ضمنها معاونة الناس على أنشاء العقود ،ولا اضافة شروط جديـدة على عقود المتعاقدين . فالبيع لاينعقد لتخلف ركن الثمن الا ان ذلك لاينفـــي نشؤ عقد منشيء لالتزامات بين المتعاقدين ، بمقتضاه يجب على كل منهما القيام بتعهده وألالا جاز مطالبة الطرف المخل بهذا الالتزام بالتعويـــض (٣)

ومع ذلك يذهب بعض الشراح في مصر الى انه لايصح مطالبة العاقـد الاخـر بشيء ، لان تعهده عبارة عن بيع لـم يتـم (٤)

ولايوجد مانع . في التشريع العراقي والمصرى ، يمنع من ترك امـر تقديـــر الثمن الى اجنبي من قبل المتعاقدين رغم عدم وجود نص مماثـــل لنص المـــادة ١٥٩٢ من القانون المدني الفرنسي . لعدم وجود نص يمنع المتعاقدين من ذلـك من جهة . ولعدم تعارض هذا الاتفاق مع النظام العام والآداب من جهـة اخـــرى خاصة وان الفقرة الاولى من المـادة ٥٢٧ من التشريع المدنـي العراقـــي تجيـــز اقتصار التقدير على بيان الاسس التي يحدد الثمن بموجبها فيما بعد ،ولاريـب أن من بين هذه الاسس هو تفويض الغير بتقدير الثمن (٥)

(١ـ٣) الصراف ص١١٨ . الهلالي وحامد زكي ص١١٥ هامش ٣
(١) الهلالي وحامد زكي . انور سلطان ص ٧٥ ١ العامرى ص ٧٠ ٨ غنـــي حسون طـه ص١٩٣ . الصراف ص١١٨ .

المبحـــث الثالث

الثمـــن الجـــدى

يلزم ، لانعقاد عقد البيع ،أن يكون الثمن جديا ،بمعنى ان البائع ينـــوى اقتضاءه من المشترى حقيقيـــة ٠

الا ان ذلك لايعني وجوب مساواة الثمن لقيمة المبيع ، اذ قد ينقص الثمـــن عن هذه القيمة وقد يزيد عنها ، لان الثمن هو القيمة التي يقدر المتعاقـــدان المبيع بهـــا (١) ٠

فالقانون لايعتد بهذا التباين بين الثمن وقيمة المبيع الافي الحالات التالية ٠

١ ـ حالة الغبن المصحوب بالتغرير اذا تحققت شروط المادة ١٢١ من القانـون المدني ويكون العقد ، في هذه الحالة ، موقوفا على اجازة المغبون ٠

٢ ـ حالة ما اذا كان احد المتعاقدين قد استغلت حاجته او طيشه او هـــواه او عدم خبرته او ضعف ادراكه فلحقه من تعاقده غبن فاحش طبقا للمـــادة ١٢٥ من القانون المدني ٠ وفي هذه الحالة ، يكون للمتعاقد المغبون أن يطلب رفع الغبن عنه الى الحد المعقول خلال سنة من وقت العقد ٠ واذا كان للتصرف الذى صدر منـــه تبرعا جاز لـــه في هذه المدة أن ينقضـــه ٠

٣ ـ حالة الغبن الفاحش الذى يصيب المحجور او مال الدولة او الوقـــف التي اشارت اليها الفقرة الثانية من المادة ١٢٤ من القانون المدنـي ،حيـــث يعتبر البيع باطـلا ٠

فالاصل اذن هو أن القانون لايشترط في الثمن الا أن يكون جديا ،أى انـــه لايعني ،كقاعدة ،بعـدم التناسب بين الثمن وبين القيمة الحقيقية للمبيـــع الا استثناء وفي الحالات التالية :ـ

---

(٢) الهلالي وحامد زكي ص ١٠٣ ٠ انور سلطان ١٦٧٩ ٠

١ ـ الثمن الصوري

الثمن الصوري هو الثمن الذي يذكر في العقد لمجرد استيفاء العقد مظهره الخارجي . فالبائع ، على الرغم من تسمية الثمن في العقد ، لاينوي ان يطالب المشتري به ويقتضيه منه كلا او قسما .

وصورية الثمن اما ان تكون مطلقة ، او ان تكون نسبية . وتكون الصورية مطلقة اذا اتفق الطرفان على أن لايلتزم المشتري بالثمن المسمى ، وتكون نسبية اذا اتفقنا على مخالفة الثمن المسمى في العقد لحقيقة ما اتفقا عليه فعلا .

والعقد يكون باطلا في الحالة الاولى (الصورية المطلقة) ، لانعدام ركن من اركانه وهو الثمن . الا أن بطلانه باعتباره بيعا لايمنع من تقرير صحته على اعتبارة هبة مستترة أذا توافرت شروطها ، وذلك تطبيقا لنظرية تحول العقد (١) (١٤٠م مدني) .

مع ملاحظة عدم جواز الطعن بالصورية في التصرفات العقارية بعد تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري (١٤٩ م مدني) (١) من قانون التسجيل العقاري .

ولايكفي مجرد خلو العقد من اثبات دفع الثمن عند التعاقد لاعتبار الثمن صوريا ، لان ذلك لاينفي التزام المشتري بدفعه عند المطالبة .

كما ان الثمن لايعتبر صوريا اذا ابرأ البائع المشتري من الثمن أو وهبه له في عقد او في أي تصرف قانوني لاحق لعقد البيع ، لان العبرة بجدية الثمن هي عند ابرام العقد وليس بعد ذلك (١) . فعقد البيع هو عقد صحيح منتج لاثاره ، وكل الذي حصل بعد البيع ، انما ينشأ عن علاقة جديدة بين البائع والمشتري .

---

(١) السنهوري ج٤ ص ٢٨٠ مرقس ف ١٨١

ويذهب البعض الى امكانية الطعن بالصورية في الحالة مدار البحث ، اذا تبين ان الطرفين كانا قد بيتا امر تبرع البائع للمشترى بالثمن قبل او اثناء انعقاده البيع أذا كان المبيع منقولا ، أو اذا كـــان عقارا ولكن العقد لما يسجل بعد في دائرة التسجيل العقارى (١) ٠

ويلاحظ بان رأيا في القضاء والفقه يذهب الى اعتبار الثمن صوريا متى كـان المشترى في وضع لايمكنه فيه دفع الثمن أو لـم يكن هنك من تناسب بين موارده وبين الثمن ،وكان البائع عالما بحقيقة وضع المشترى ،لان هذا الامر يدل علـى انعدام نية اقتضاء الثمن من المشترى لدى البائع ،وعلى انعدام نيـة المشتـرى هو الاخر في الالتزام بدفعه (٢) ٠

ولكن الراجح ان انعدام التفاوت المذكور لايقوم في ذاته دليلا على جديـــــة الثمن أو جدية البيع، اذ لاتلازم بين حالة الاعسار وصورية العقد ، فـــــاذا اقتنعت المحكمة المختصة بان تصرفا ماكان صوريا ،فعليها أن تحكم بذلك ، ولا يتحتم عليها أن تبحث وتدقق المستندات المقدمة مـــن المشترى اثباتـا ليساره ومقدرته على دفع الثمن ،لان هذا الامر لايقدم ولايؤخر ٠

اما اذا كانت صورية الثمن صورية نسبية ، فـان العقد ينعقد علـــــــى الثمن الذى يثبته الطرف الذى يدعى الصورية (١) فاذا اثبت المشترى ان الثمن الحقيقي اقل من الثمن المسمى في العقد ، فانه يلزم بالثمن الحقيقي الذى أثبته ٠ واذا ــ أثبت البائـع أن الثمن الحقيقي اكثر من المسمى ،كان لـه المطالبـــة بالزيـــادة ٠

(١ـ٢) العامرى ص ٨٨، غني حسون طـه ص ١٩٥ ٠السنهورى ج٤ ص٣٨٥٠ مرقس ص١٨١ الصراف ص١١١، ١١٢

(٣) السنهورى ج٤ ص ٣٨٥ ٠ مرقس ص ١٨١ ٠ غني حسون طـه ص١٩٥ ٠ العامرى ص٨٩ ٠

٢ ـ الثمـــــن التافــــــة

الثمن التافه هو الثمن الذى يقل عن القيمة الحقيقية بمراحل ، ويكون مــن القلة بحيث يبعث على الاعتقاد بأن البائع لــم يتعاقد للحصول على مثل هــذا المقدار التافـــه ، وانما قصد مـــن ذكره بيان رقــم مـا لتكوين عقد البيــــع، مــع ان غرض المتعاقدين المستور لــم يكن المبايعة · ومثال الثمن التافه هـــو ان يبيع شخص داره لاخر بعشرة دنانير ، او يبيع سيارته لاخـــر بخمســـة دنانيـــــــر ·

وحكم الثمن التافه كحكم الثمن الصورى ،أى أن البيع لاينعقد بـــه ، ولكـــن مع ذلك فهما يختلفان ، فالثمن التافه هو مقدار قليل من النقود لايتناسب اصــلا مــع قيمة المبيع ،ولكن البائـع يحصل عليه رغـــم تفاهته · في حيــن أن الثمــن الصورى يكون عادة مقدارا من النقود مناسبا لقيمة المبيع ، الا أن البائع لايقصد الحصول عليه اما كلا او قسما ·

ولكن هل يمكن اعتبار العقد في الحالة مدار البحث عقد هبة املا ؟ تذهب محكمة النقض الفرنسية الى عدم جواز ذلك ، بداعي أن الهبة المستترة انما تفترض وجود عقد صحيح يضمها ، ولمـــا كان العقد قد بطل بيعا فـلا يمكـن أن تقـوم الهبـة المستترة لوحدها ومن غير الاستتار بعقد صحيح قائـم ·

الا أن الفقه يذهب الى ان العقد لاينعقد بيعا ، بل هبة مكشوفة غير مستترة لان نية التبرع واضحة كل الوضوح (١) ·

٣ ـ الثمـــن البخـــس

الثمن البخس هو الثمن الذى يقل كثيرا عن قيمة المبيع ، الا انه لايبلغ مـــن التفاهة مبلغ الثمن التافه · فهو ثمن جدى كان الحصول عليه هو الباعث الدافع على الالتزام بنقل الملكية الى المشترى ، فهو يصلح أن يكون مقابلا لالتزام البائـع ولذلك ينعقد به البيع · ولا يترتب عليــه من اثـر سوى انه يسمح للبائـع بـأن يطعن في العقد بالغبن اذا توافرت شروطه ·

---

(١) السنهورى ج٤ ص٣٨٦ · مرقس ص١٨٣ ،غني حسون طه ص١٩٦ ·

ولكن ما الحكم اذا بيع عقار مقابل ايراد مرتب مدى حياة البائع ، وكـــان الايراد يساوى غلة العقار او يقل عنها . حيث يأخذ المشترى العقار دون أن يدفع شيئا من ماله . فهل يعتبر الثمن جديا يكفي لانعقاد البيع ، ام هو ثمـن غيـــر جدى لاينعقد به البيع ؟

يذهب القضاء الفرنسي في بعض احكامه ، مؤيدا من بعض الشراح الى عـــدم اعتبار الثمن في الحالة مدار البحث ثمنا جديا ، لان المشترى لايدفع شيئا مـــن ماله الخاص (١) . فالعقد يعتبر باطلا كبيع ولكنه يصح كهبة مستترة ايضا(١).

وتذهب أحكام اخرى للمحاكم الفرنسية ، مؤيدا من بعض الشراح الى انــه قد تكون للبائع مصلحة في التصرف في عقاره على هذا النحو ، وهذه المصلحة ربمـا تمثلت في التخلص من متاعب ادارة الملك وفي ضمان لحصول على ايراد ثابـــت بالرغم من التقلبات الاقتصادية . والهلاك الكلي او الجزئي الذى قد يلحق بالعقار ولذلك يجب اعتبار هذا التصرف بيعا لان الثمن المشروط فيه له صفة الجديـة ولو كان بخسا. .واذا استطاع المتصرف على هذا النحو ان يطعن في العقـــد بالغبن فانه لايستطيع الطعن فيه بالبطلان لكون الثمن غير جدى .

ويؤيد البعض الرأى الاول مع اخذ ماتقضي به المـادة ١٤٩ من القانون المدنـي بنظر الاعتبار (١) .ويؤيد فريق اخر منهم الرأى الثاني لمـا في حجة انصاره من صواب ومنهم من يقول بعدم امكان وضع قاعدة عامة جامدة تطبق على جميـــع الاحوال ، بـــل لابد من تقدير كل حالة من احوال هذه البيوع على حدة (٢) .

ونميل الى الرأى الثاني ،لاستنادة الى اسس واقعية وسلمية ، على ان يؤخـذ حكم المادة ١٤٩ من القانون المدني بنظر الاعتبار والذى يقرر عدم جواز الطعـــن بالصورية في التصرفات العقارية بعد تسجيلها في دائـرة التسجيل العقـــارى .

---

(١) يراجع بصدد هـذه الاراء السنهورى ج٤ ص٣٨٦ . الشرقـاوى ص١١٣ . سليمان مرقس ص١٨٦ .

(٢) العامرى ص ٩١ حسن علي الذنون ص ١٠٩ ـ ويذهب الدكتور غني حسون طه الى وجوب اخذ حكم المادة ١٤٩ من القانون المدني بنظر الاعتبار ، ســـواء اخذنا بالرأى الاول أو لثاني ص١٩٨ .

الباب الثاني

احكام عقد البيع

الفصل الاول

التزامات البائع

يلتزم البائع بموجب عقد البيع بالتزامات ثلاثة هم ·
نقل ملكية المبيع، وتسليم المبيع ، وضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية (٥٣١ ـ ٥٧٠ م مدني) ·

الفرع الاول

نقل ملكية المبيع

الاصل ان ملكية المنقول تنتقل بالعقد بحكم القانون ولكن مع ذلك يجب التمييز في هذا الصدد بين كيفية انتقال ملكية المنقول المعين بالذات وانتقال ملكية المنقول المعين بالنوع ·

المبيع منقول / ا دعقار

اما بالنسبة للعقار فيتعين لانعقاد العقد وانتقال الملكية تسجيل العقد في دائرة التسجيل العقارى · وهذا ما سنوضحه في المباحث التالية :ـ

المبحث الاول

انتقال ملكية المنقول المعين بالذات

اذا كان المبيع شيئا معينا بالذات (الاشياء القيمية) ومملوكا للبائع ، فان الملكية تنتقل الى المشترى بقوة القانون وبمجرد انعقاد العقد ·على ان يلاحظ احكام القوانين الخاصة التي تشترط الشكلية انعقاد عقود بيع المنقولات المعينة بالذات كالفقرة الخامسة من قانون المرور ·(٢٤٧ ، ٥٣١ مدني) ·

واضح من ذلك انه يشترط لانتقال الملكية بمجرد انعقاد العقد وبقوة القانون توافر الشروط التالية :ـ

١ - ان يكون المبيع معينا بالذات . فالملكية لاتنتقل الى المشتري اذا لم يكن معينا بذاته الا اذا تم تعيينه .

كما ان ملكية المبيع في البيع بخيار التعيين لاتنتقل الى المشتري رغم ان المبيع من المنقولات المعينة بالذات الا بعد ان يستعمل صاحب الخيار حقه في التعيين . فاذا تم ذلك انتقلت الملكية الى المشتري باثر رجعي الى وقت البيع لا الى وقت استعمال الخيار (١) .

٢ - ان يكون المبيع مملوكا للبائع والا كان العقد ، حسب القانون المدني العراقي ، موقوفا على اجازة المالك الحقيقي . فاذا اجاز المالك البيع انتقلت ملكية المبيع الى المشتري باثر رجعي الى يوم ابرام العقد . اما اذا لم يجز العقد اعتبر التصرف باطلا . (١٣٥ م مدني) .

٣ - ان لايشترط القانون شكلية معينة اذ يلاحظ بان المشرع قد يفرض لانعقاد العقد مراعاة الشكلية التي يفرضها كالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧١ الذي اعتبر تسجيل عقد بيع المركبات في دائرة المرور ركنا لانعقاده وكذلك قانون تسجيل المكائن رقم ٥٦ لسنة ٥٥ الذي يعتبر تسجيل عقد بيع المكائن ركنا لانعقاده .

الاصل - القاعدة - انتقال ملكية المبيع المعين بالذات بمجرد انعقاد العقد ليس من النظام العام . لذلك يجوز للطرفين المتعاقدين الاتفاق على خلافه فمثلا يجوز لهما ان يتفقا على ان لاتنتقل الملكية الا عند تسليم المبيع الى المشتري او الا بعد استيفاء البائع لجميع اقساط الثمن .

والاتفاق على تأخير انتقال الملكية هي البيع المقسط الثمن على اجل ينتقل بعده الملكية . لان الملكية من اثار تستعصي طبيعته التوقيت . وقد نصت على ذلك المادة ٢٩٢ من القانون المدني بقولها (لايصح في العقد اقتران الملكية باجل) . فالاتفاق المذكور ليس الا اتفاقا على شرط يعلق انتقال الملكية الى حين تحققه . لان تأخير نقل الملكية الى حين التسليم ليس تأجيلا لنقل الملكية الى حين انقضاء

---

(١) في البيع بخيار التعيين يكون المبيع واحدا من شيئين او من عدة اشياء يعينه المشتري او البائع .

المدة المحددة للتسليم ، وانما هـو تعليق لنقل الملكية على شرط التسليم ٠كمـا ان تعليق نقل الملكية الى حين وفاء المشترى بكامل الاقساط هو تعليق لنقل الملكية على شرط هو وفاء المشترى بجميع الاقساط .

ويذهب البعض عندنا الى ان مالا تجيزه المـادة ٣٩٢ مـن القانون هـو اقتران الملكية لا اقتران العقد نفسه باجل ٠وعلى هذا يجوز ان نقول للمشترى (ابيعك هذه العين بمبلغ قدره كذا بعد سنة او سنتين) (١) ٠

ويعترض على الرأى المذكور بحق بان المثل الذى ضربة اصحابه لايصلـــح للمسالة التي ضرب من اجلها ، لانه لايدل على ان عقد البيع قد اقترن باجـــل لان الذي حصل هو اتفاق على وعد بالبيع فقط لاعلى البيع (١) ٠

ومن الامثلة على الاتفاق على تعليق انتقال الملكية على شرط هو حالة (الايجار الساتر للبيع) التي بينا احكامها فيما سبق ٠

وعلى كل اذا تحققت الشروط المبينة اعلاه انتقلت ملكية المنقول المعين بالذات الى المشترى بمجرد انعقاد العقد ، سواء في مواجهة المتعاقدين او في مواجهة الغير ٠

وينبني على ماتقدم ان صاحب المنقول لو باعه لشخصين على التعاقب وجـب تفضيل المشترى الاول ، لان الملكية انتقلت اليـه بالنسبـة للناس كافـة ٠الا ان القاعدة السابقة ليست مطلقة ،اذ تحدها قاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية) التي اخذت بها المادة ١١٦٣ من القانون المدني العراقي التي تنص على انه (١ـ من حاز وهو حسن النية منقولا او سندا لحاملة مستندا في حيازته الى سبب صحيح، فلا تسمع عليه دعوى الملك من احد ٢ـ والحيازة بذاتها قرينة على توافر حســن النية ووجود السبب الصحيح ، مالم يقم الدليل على عكس ذلك)

ويترتب على القاعدة الاخيرة انه اذا اشترى شخص منقولا معينا بالذات بعـد بيعه المشترى اخر وتسلمه من البائع بحسن نية ،فانه يصبح مالكا له وان كـان البائع الذى باعه ليس بمالك الا انه يجب التنبيه هنا الى ان المشترى الثاني لـــم

---

(١) الذنون ص١٧١ ٠
(١) العامرى ص٩٥ ٠

يكسب ملكية المبيع بموجب عقد البيع الثاني لان هذا لا يصلح لنقل الملكية لصدوره من غير المالك وانمـــا هـــو كسبهـــا عـــن طريق الحيازة بحســـن نية وسبب صحيح وفقا لحكم المادة ١١٦٣ من القانون المدني المشار اليها سابقا :

وعلى كل يجب الاخذ بالقاعدتين السابقتين معا، اى لايجوز عند تطبيق قاعدة (انتقال ملكية المبيع المعين بالذات بمجرد انعقاد العقد) اغفال قاعـدة (الحيازة في المنقول سند الملكية) ٠

ويترتب على ذلك انه لوباع صاحب المنقول منقوله لشخصين على التعاقـــب وجب تفضيل الاول على الثاني الا اذا كان المشترى الثاني قد استلم المنقول فعلا بحسن نية ٠اما اذا لم يكن المشترى الثاني قد استلم المنقول ،او كان قد استلمه ولكن ثبت انه سيء النية فان المشترى الاول هو الذى يفضل في هـــذه الحالة ٠

ولما كان حكم المنقول المبيع جزافا هو كحكم المنقول المعين بالذات فان ملكيتـه تنتقل الى المشترى بمجرد انعقاد العقد ٠واذا كـان ملكيـة المبيع المعين بالذات تنتقل بمجرد انعقاد العقد وبحكم القانون فلا يبقى اى مجال للقول بوجـــود التزام على البائع بنقل الملكية (١) ٠

---

(١) رمضان ابو السعود ، دروس في العقود المسماة ،عقد البيع في القانون المصرى واللبناني، ص١٤

المبحـــث الثاني

نقـــل ملكيـــة المنقول المعين بالنـــوع

تنص الشطر الاخيرة من المادة ٥٣١ من القانون المدني على انه (... وامـــا اذا كان المبيع لم يعين الابنوعه فلا تنتقل الملكية الا بالافراز) .

واضح أن ملكية المنقول المعين بالنوع (الأشياء المثلية) لاتنتقل من البائع الـــى المشترى بمجرد انعقاد العقد ، وانما لابد لذلك من افراز المبيع ، على أن لا يكون البيع قد تم جزافـــا .

فاذا تم الافراز انتقلت الملكية الى المشترى بالنسبة للمتعاقدين والاغيار علـــى السواء . ويتم هذا الانتقال من تاريخ الافراز .

ومع ذلك يذهب بعض الشراح عندنا الى ان ملكيـــة المنقـــول المعين لاتنتقل بالافراز الا في مواجهة الطرفين المتعاقدين . امـا بالنسبة لغير المتعاقدين فـــأن الملكية لاتنتقل الا بالتسليم .

والافراز يتم اما عن طريق عد الأشياء المثلية او وزنها أو كيلها او وضع اشارة عليها او قياسهـــا .

ولكن ماالحكم أذا امتنع البائع عن تنفيذ التزامه بفرز المبيع ؟

تجيب على ذلك المـــادة ٢٤٨ من القانون المدني بقولها انه (١ ـ اذا ورد الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عيني أخر على شيء لم يعين الا بنوعه فـــلا ينقل الحـق الا بتعيين الشيء بالـــذات .

٢ ـ فاذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن ان يحصل على شيء مـــن النوع نفسه على نفقة المدين بعد استئذان المحكمة او بغير استئذانها فيحالـــة الاستعجال . كما أنه يجوز له ان يطالب بقيمة الشيء من غير اخلال في الحالتيـــن بحقه في التعويض) .

والاشيـاء المستقبلة كالمنقول المعين بالنوع في الحكم .

فاذا باع مصنع نسيج كميات من القماش لم يبدأ نسيجها بعد ، فـأن المبيـــع هنا شيء غير معين بالذات ،ولذلك لاتنتقل ملكيته الى المشترى بمجرد انعقاد العقد

ولا يمتلك المشترى المواد الداخلية في صنعه كالغزل مثلا لان العقد انصب على القماش لاعلى الغزل .

الا انه اذا تم صنع الشيء او تقدم صنعه لدرجة تكفي لتعيينه ، نتقلت ملكيته الى المشترى اعتبارا من هذا الوقت لامن وقت ابرام العقد .والملكية تنتقل من الوقت المذكور ولو قبل التسليم (١) .

على انه في الاشياء التي تصنع على مقتضى نموذج واحد من نفس النوع يعتبر المبيع بعد الانتهاء من صنعه متعينا بنوعه لابذاته ، ولذلك فالملكية لاتنتقل الا بفرزه عن غيره .

ويترتب على ذلك انه اذا تسلم صاحب مصنع السيارات الف طلب من الف مشتر لشراء سيارة من نوع وطراز معينين ،وكان عليه لتلبية هذه الطلبات ان يقوم بصنع هذا العدد من السيارات ،فلا يكفي لانتقال ملكية كل سيارة من هذه السيارات ان يتم صنعها وتصبح جاهزه للتسليم ،بل ينبغي الى جانب ذلك من تعيين سيارة كل مشتر . ويتم ذلك غالبا بتسليم السيارة الى المشترى او الى وكيلة (٢) .

(١) السنهوري ج٤ ص٤١٨ .
(٢) غني حسون طه ص٢١٦ و ٢١٧ .

المبحـــــث الثالث

نقل ملكيـــــة العقـــــار

يستخلص من الفقرة الثانية من المادة ١١٢٦ ومن نصوص المواد٩٠ و ٩١ ٨١ ٥٠ و ١٢٠٣ و ١٣٢٤ من القانون المدني العراقي ان عقد بيع العقار او بيع اى حـــق عيني عقارى اخر من العقود الشكلية التي لايكفي لانعقادها مجردالتراضي ،بل لابد لذلك من استيفاء الشكل الذى نص عليه القانون (التسجيل في دائرة التسجيـــل العقارى) فالتسجيل في الدائرة المذكورة ركن من اركان العقود الواردة علـــى الحقوق العينية العقارية فهذه العقود لاتنعقد ولاتوجد مالم تسجل في دائـــــرة التسجيل العقارى ،اى تكون باطل بطلانا مطلقا سواء اكان العقار المبيع مسجـــلا او غير مسجل في الدائرة المذكورة (١) .

(٣م) قانون التسجيل العقارى . على انه ينبغي نخذ الحالات الاستثنائية التي سبق وان اشرنا اليها والتي ينعقد التصرف العقارى فيها دون حاجـــــة الى التسجيل في دائرة التسجيل العقارى .

ويترتب على بطلان هذهالعقود انالحقوق العينية لاتنشا ولاتنتقل ولاتتغير سواء بالنسبة للمتعاقدين او بالنسبة للاغيار .كما لايستطيع احد الطرفين اجبار الاخر على اجراء التسجيل او دفع الثمن .

ولكن متى تنتقـل ملكية العقار المبيع في المزايدات الجبرية ؟

تنص المادة ٨٩ من القانون المدني على انه الايتم العقد في المزايدات الا برســو المزيدة ويسقط العطاء بعطاء ازيد ولو وقع باطلا او باقفال المزايدة دون ان ترسو على احد . هذا مع عدم الاخلال بالاحكام الواردة في القوانين الاخرى) .

فالمادة اعـــلاه تقرر تمامية العقد في المزايدات برســو المزايدة .

---

(١) قرار محكمة التمييز المرقم ١٤٧/ح/٩٦٨ في ٢٪٣/٩٦٨ قضاء محكمة التمييز- المجلد الخامس ٢٢٩ .

على انه ينبغي الاشارة الى حكم الفقرة الثانية من المادة ١٠٢ من قانون التنفيذ لسنة ١٩٨٠ والذى ينص على انه (يعتبر المشترى الذى قام بتسديد البدل ورسوم التسجيل ومصاريفه مالكا للعقار بانتهاء مدة العشرة ايام الممنوحة للمدين وفق الفقرة (ثانيا) من المادة ٩٧) ٠

فملكية العقار تنتقل الى المشترى اذا مرت المدة المذكورة دون ان يقوم المدين باداء الدين وقام المشترى بتسديد البدل ورسوم التسجيل ومصاريفه اى ان الملكية تنتقل الى المشترى قبل تسجيل العقار باسمه في دائرة التسجيل العقارى ٠

وبالنسبة لاثار هذه العقود يجب التمييز بين مرحلة ما قبل تسجيل العقد ومرحلة بعد تسجيله وحسب ما هو ادناه ٠

المطلب الأول

مرحلة ما قبل التسجيل

ان اعتبار العقود الواردة على الحقوق العينية قبل تسجيلها في دائرة التسجيل العقار عقودا باطلة بطلانا مطلقا ،لايمنع من ترتيب الاثار التالية ٠

١ـ دعوى الاسترداد : ان الدعوى التي بالامكان اقامتها في هذه العقود هي دعوى استرداد لما سلم من مبيع او ثمن ٠ فللمشترى رغم بطلان عقد البيع اقامة دعوى استرداد الثمن على البائع (١) مع المطالبة بالفائدة القانونية اعتبارا من تاريخ المطالبة القضائية حتى تاريخ التأدية الفعلية (٢) ٠ كما وله الحق في حبس المبيع حتى يستوفي الثمن (٣) وذلك وفقا للفقرة الاولى من المادة ٢٨٢ من القانون المدني ٠ وكذلك للمشترى المطالبة بالمصاريف التي صرفها على تعمير المبيع اذا ثبت انه لم يصرفها بنية التبرع (٤) ٠ وقد نصت المادة

---

(١) قرار محكمة التمييز المرقم ١٨٨٣/ح/٩٥٩ في ٢٨/١٢/٩٥٩ القضاء ١٩٦٠ العدد ١ـ٢ ص ١٣٢ ٠

(٢) قرار محكمة التمييز المرقم ٦٦٧/ح/٩٦٤ في ١٤/٤/٩٦٤ قضاء محكمة التمييز المجلد الثاني ص٤٤ و ٤٥ ٠

(٣) شاكر ناصر ـ الوجيز ١٩٦٩ ص ١٣٣ و ١٣٤ ٠

(٤) قرار محكمة التمييز المرقم ١٨٦٨/ص/٥٩ في ٢٦/١٢/٩٥٩ القضاء ١٩٦٠ العدد ٠

٢٨١ من القانون المدني على انه (يجوز لمن اتفق على ملك غيره وهو في يده مصروفات ضرورية او نافعة او انشأ فيه بناء او غرس فيه اشجارا ان يمتنع عن رده حتى يستوفي ما هو مستحق له قانونا الا ان يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع) .

وللبائع اقامة دعوى لاسترداد المبيع من المشتري كما له المطالبة بثمار المبيع ومنافعة التي استوفاها الاخير طوال مدة حيازته اذا كان سيء النية . اما اذا كان حسن النية فانه يتملكها (١١٦٥ و ١١٦٦ م مدني) .

٢ ـ اجـر المثل : لايجوز للبائع مطالبة المشتري باجر المثل اذا كان قد اباح له التصرف في المبيع ،لان عقد بيع العقار الخارجي وان كان باطلا ، فانه يتحول الى عقد اخر هو (عقد الاباحة) اذا توافرت اركانة (١٤٠م مدني) (١)

وتؤكد محكمة التميز (الهيئة العامة) هذا الرأى في قرار لها جاء فيه (ان العقد المبرم بين الطرفين يتضمن شقين : الشق الاول هو بيع المدعيين المميز عليهم ـ ... م الى المدعي عليهما ـ المميز ـ بمبلغ قدره اربعمائة دينار دفعت اليهم ،والشق ... ني هو اباحة البائعين التصرف بالدار للمشتري اباحة مطلقة . اما الشق ... ول فهو باطل مالم يتم تسجيله في دائرة الطابو والمفروض في المتعاقدين انهم ... مرفون ذلك لانه بسبب القانون .واما الشق الثاني فهو عقد آخر توافرت اركانه ... بتداء بانصراف نية المتعاقدين الى ابرامة سواء تم تسجيلة عند البيع او لم يتم بدليل تسليم الدار الى المشتري بعد التوقيع على العقد من قبل الطرفين واستلام البائعين الثمن وبقائة في حوزتهم مدة طويلة .وعلية فلا مبرر لالزام المميزيين بأجر المثل ـ .. الخ

وتسليم البائع للعقار المبيع خارج دائرة التسجيل العقاري للمشتري يعتبر اباحة منه للمشتري بالتصرف ويمتنع لذلك عليه المطالبة باجر المثل (٢) .

---

(١) القرار المرقم ١٧٣٩/ح٩٦٧١ في ٩٦٨/٥/١٦ .قضاء محكمة التمييز . ـ المجلد الخامس ص ١٧١ .والقرار المرقم ١١٤٦/ص/٩٦٤ في ٩٦٤/٧/١٨ . قضاء محكمة التمييز . المجلد الثاني ص١ .

(٢) قرار محكمة التمييز المرقم ٢٤٢/ص/٩٦٦ في ٩٦٦/٥/١٨ . وقرارها ٣١٤/ح/٩٦٦ في ٩٦/١٢/٢٤ . قضاء محكمة التمييز . المجلد الرابع ص ٧٣ و ٩٤ على التوالي .

وما الحكم اذا باع مشترى العقار المبيع خارج دائرة التسجيل العقارى الى اخر؟ بامكان البائع الاول مطالبة المشترى الثاني باجر المثل ولا يسوغ للاخير التمسك بان البائع له (المشترى الاول) قد ابيح له التصرف في العقار وانه تلقى هذا الحق منه ،لان الاباحة صفة بذات الشخص المباح له الذى ليس له ان يخول هذا الحق او ينقله الى شخص آخر . كما ان شراء العقار خارج دائرة التسجيل العقارى ممن اشتراه خارج الدائرة المذكورة ايضا لايبيح للمشترى الثاني الحق بالمطالبة بما صرفه على العقار حتى ولو كان البائع الاول قد اباح للمشترى الاول حق التصرف لان هذا حق شخصي لاينتقل الى المشترى الثاني.(١) (٩٠و٥٠٨و١١٢٦ مدني) علما بان اباحة المنفعة في هذه البيوع تنقطع بانذار البائع للمشترى بعدم التصرف بالعقار المبيع ،مع ايداع الثمن لدى الكاتب العدل لتسليمة الى المشترى ،او من وقت المطالبة القضائية (٢) .

اما اذا لم يتضمن سند البيع الخارجي اباحة التصرف للمشترى فان تصرفه يكون بدون زعم شرعي ويترتب عليه دفع اجر مثل العقار المالك (٣) .

٣ ـ التعويض

يجيز القانون المدني المطالبة بالتعويض في حالة نكول احد الطرفين واخلاله بتعهده بالتقرير في دائرة التسجيل العقارى ، وذلك بموجب المادة ١١٢٧ التي تنص على ان (التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض ،اذا أخل احد الطرفين بتعهده ، سواء اشترط التعويض في التعهد ام لم يشترط) .

ولكن ما هو الاساس القانوني لهذا التعويض ؟

---

(١) قرار محكمة التمييز المرقم ٨٩٨/ح/٦٤ في ٩٦٤/٧/١٩ .قضاء ومحكمة التمييز المجلد المجلد الثاني ص ٤٢ .

(٢) قرار محكمة التمييز المرقم ٢٠٤٩/ص/٩٥٩ في ٩٦٥/١/٢٠ نقلا عن شاكر ناصر الوجيز ص ١٣٩ .

(٣) قرار محكمة التمييز المرقم ٧٤٠/ح/٩٦٤ في ٦٤/٧/٦ قضاء محكمة التمييز المجلد الثاني ص ٤٥ .

يذهب البعض الى انّ الاساس القانوني هنا هو المسؤولية التقصيرية لاالتعاقدية اي ان مسؤولية من تعهد بنقل ملكية عقار اذانكل عنالتسجيل مسؤولية تقصيرية لاعقدية لان المادة ١١٢٧ تقر لزوم التعويض سواء اشترط في التعهدام لم يشترط وان بيع العقار لاينعقد في التشريع االعراقي الا بالتسجيل ٠ فهو قبل التسجيل معدوم قانونا ولهذا لايصح التمسك بما يرد فيه من شروط (١) ٠

ويذهب اخرون الى انه ليس من الصحيح القول بان عقد بيع العقار غير المسجل في دائرة التسجيل العقارى هو عقد منعدم الاثر تماما ٠ فليس هناك ما يمنع من ان ينتج هذا العقد الباطل بعض الاثار الشخصية بين المتعاقدين ٠ لابوصفه واقعة قانونية ،وانما لانه عقد صحيح ،لامن ناحية كونه عقد بيع عقار وانما من حيث انه عقد غير مسمى مقتضاه القيام بعمل هو الذهاب الى دائرة التسجيل العقارى لاجراء نقل الملكية ، اذ ان عقد بيع العقار الباطل هذا يمكن ان يتحول الى عقد صحيح اخر حكم المادة ١٤٠ من القانون المدني (٢)

ويذهب رأى ثالث الى القول بان اساس التعويض هنا هو العقد وليس المسؤولية التقصيرية ، وان العقد الذى ينشيء هذه المسؤولية ليس هو عقد البيع الباطل انما هو التعهد السابق على البيع والمنصوص عليه في المادة ١١٢٧ من القانون المدني (٣)

واستقر قضاء محكمة التمييز على الرأى الاخير ٠

وهنا يقتضي القول بانه لايجوز المطالبة بالشرط الجزائي اذا مضت مدة طويلة على بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقارى دون ان يقوم اى منالطرفين بتنفيذ التزامه ٠لان عدم تنفيذ العقد من قبل الطرفين رغم مرور هذه المدة عليه يعتبر دليلا على عدولهما عن تنفيذه (٣)

والمدة التي يسقط بعدها حق الطرفين المتعاقدين في طلب تنفيذ الشرط الجزائي ،تقدرها المحكمة بحسب ظروف ووقائع كل قضية ٠

(١-٢) حسن علي الذنون ـ البيع ـ ص ١١٢٨-١٣٠ ٠ شاكر ناصر ،الوسيط ج١ ص١٧٦

(٣) قرار محكمة التمييز المرقم ٩٨٧/ح/٦٨ في١٥/١٢/٩٦٨ مجلة العلوم القانونية ١٩٦٩ العدد الاول ص ١٨٢ ٠

والقاعدة في التشريع المصري بهذا الصدد تقضي بانه (في المواد العقارية لاتنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الاخرى · سواء اكان ذلك فيما بين المتعاقدين ام كان في حق الغير الا اذا روعيت الاحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري) (م٩٣٤ مدني مصري) ·

فهناك اختلافا جوهري بين التشريعين المصري والعراقي ،اذ بينما يقرر المشرع العراقي ان العقد الناقل للملكية العقارية لاينعقد الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري نجد المشرع المصري يعتبر العقود الواردة على الملكية العقارية منعقدة حتى قبل تسجيلها في دائرة الشهر العقاري الا انه يعلق نقل ملكية العقار او الحق العيني العقاري نفسه على اجراءات الشهر ·

ويتفرع من الفرق المذكور فرق آخر بين التشريعين من حيث الالتزام الشخصي باتمام اجراءات التسجيل · فالفقة المصري يذهب استنادا الى نص المادة ٩٣٤ الى ان العقود العقارية قبل شهرها لاتكون مجردة من كل اثر آخر قبل الشهر ،اذ يترتب عليها التزامات وحقوق شخصية تقضي بوجوب اتمام اجراءات الشهر رضاء او قضاء ولايقتصر دورها على مجرد التزام الممتنع عن التسجيل بالتعويض بل يبقى للعقد جميع آثاره ومنها وجوب التنفيذ العيني ولو جبرا على المدين · اما الالتزامات الشخصية في التشريع العراقي فقاصرة على التعويض ولايمكن اجبار البائع على اجراء التسجيل (١) كقاعدة · الا ان لمشترى العقار خارج دائرة التسجيل العقاري ان يطلب من المحكمة تسجيل الدار باسمه اذا كان قد سكنها طبقا لقرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ في ٩٧٨/١١/٢ وذلك استثناء من القاعدة العامة المذكورة اعلاه (٢) ·وهذا القرار يقتصر على دور السكن والارض المعدة لذلك وحق التصرف فيه(٣) ·

---

(١) قرار محكمة التمييز المرقم ١٠١٢/ح/٥٥ في ٩٥٥/٨/٣١ نقلا عن شاكر ناصر ، الوسيط ج، ١ص ١٣٠ ·

(٢) قرار محكمة التمييز ١٠/ هيئة عامة ١٩٧٨ في ٩٧٨/١٠/٢١ · المشاهدي ص ١٩٢ ·

(٣) قرار محكمة استئناف بغداد ١٩٥٧/ حقوقية /٩٧٩ في ٩٧٩/٩/١٦ ـ النشرة القضائية ، العدد الثالث ، السنة العاشرة ١٩٧٩ ص٩٦ · وكذلك قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١٤٣٦ في ٩٨٣/١٢/٢١

المطلـــب الثانـــــي

مرحلـــة مابعد التسجيـــــــل

بينا فيما سبق ان التصرفات الواردة على عقار تعتبر باطلة بطلانا مطلقا قبل تسجيلها في دائرة التسجيل العقارى فاذا سجلت في الدائرة المذكورة انعقدت هذه التصرفات على الوجة القانوني الصحيح وترتبب عليها كافة اثارها القانونيـة ٠

وهنا يقتضي الامر بنا التطرق الى الامور التاليـــة :ـ

١ ـ **هل للتسجيل اثر رجعي ؟** القاعدة في التشريع العراقي بهذا الصـــدد تقضي بان ليس للتسجيل في دائرة التسجيل العقاري اثر رجعي سواء بالنسبة للمتعاقدين او الغير أي ان التصرفات الواردة على عقار لاتنشا او تتغير او تنتقل الا من تاريخ تسجيل هذه التصرفات في دائرة التسجيل العقارى ٠

ويستثنى من القاعدة المذكورة اعلاه قسمة المال الشائع حيث تكون لها اثـــر رجعي ،فالحصة التي تؤول الى الشريك تعتبر ملكا له لامن وقت القسمة وانمـــا منذ بدء الشيوع (م ١٠٧٥ مدني) ٠

٢ ـ **التسجيل والصورية :** اذا سجلت التصرفات الواردة علـى عقــــــار ، فهل بالامكان بعد ذلك الطعن بالصورية فيها ؟

تنص المـــادة ١٤٩ مــــن القانون المدني على انه (لايجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها في دائرة الطابو) (١)

فالمشرع العراقي يمنع سماع دعوى الصورية بشأن التصرفات الواردة علـــى عقار بعد تسجيلها في دائرة التسجيل العقارى وعليه اذا ادعى شخص بــــــان تسجيله دارا معينة باسم شخص اخر بيعا كان صوريا والحقيقة انه أعطى الـدار للشخص المذكور هبة ،وبما انه رجع عـــن هبته الان فهو يطلب ابطال التسجيل واعادة تسجيل الدار باسمه وابـرز في كل ذلك الورقة المستترة التي تؤيد دعواه٠ فلا تسمع منه دعوى الصورية وانما يكون له فقط حق شخصي قبل المتعاقد معه٠

(١) المـــادة ١٠ مــــن قانون التسجيل لاعقارى ٠

الا ان مابيناه اعلاه لايمنع من اتفاقهما علـى مراجعـة دائـــرة التسجيل العقارى لتصحيح المعاملة واعادة تسجيل العقار باسم صاحبه الحقيقي ، بشرط ان لايخل ذلك بحقوق الغير .

ولكن هل يسرى هذا المنع على المتعاقدين والغير ام انه قاصر على المتعاقدين فقط ؟

يذهب راى الى القول بسريان المنع على المتعاقدين والغير بحجة ان المـــادة ١٤٩٠ سالفة الذكر من القانون المدني قد جاءت بصورة مطلقة ومن دون تمييز بين المتعاقدين والغير بهـذا الصدد . خاصة وان في اتاحـــة المجال للغير للطعـــن بالصورية فيها محاذيـــر كثيرة ، لان العقد لايعتبر في حقهم سوى واقعة ماديـة ، وهذا الامر يتيح لهم اثبات الصورية ولو بالشهادة (١) .

ويذهب راى اخر – وهو الراجح عندنا – الى قصر المنع علـى المتعاقدين دون الغير ، بداعي ان العدالة والقواعد العامة تقتضي اعطاء غير المتعاقـدين مكنـــة الطعن في التصرف بالصورية لكي يمنع المتعاقدين من العبث بحقوقهم (٢) . خاصة ان المادة ١١٢٨ من القانون المدني تنص بصراحة على ان الثمن الـــذى يجب ان يدفعه الشفيع هو ذلك الثمن الذى دفعه المشترى . كما ان المادة ١١٤٠ من نفس القانون صريحة في الزام الشفيع ، عند رفعه دعوى الشفعة ، بايداع نصف الثمن الحقيقي الذى حصل بـــه البيع الى صندوق المحكمة .

وينبني على الرأى الاخير ان لدائرة ضريبة الدخل او لدائرة التسجيل العقارى مثلا اثبات ان الثمن المسجل في دائرة التسجيل العقارى هو اقـل من الثمن الحقيقي وانه ذكر لغرض التقليل من الضريبة او رسوم التسجيل العقارى وكذلك للشفيع ان يثبت أن الثمن الحقيقي هو اقل من الثمن المسجل في دائـرة التسجيل العقارى وانه مسجل كذلك لحرمانه من حق الشفعة .

٣ – ابطال سندات التسجيل العقارى : ان سجلات دائرة التسجيل العقارى الدائمية وسنداتها تعتبر حجة علـى الناس كافـــة بما دون فيها مالم يطعـــن

---

(١) الصراف ص١٥٩ .

(٢) شاكر ناصر – الوسيط ج١ ص ١٥٢ و ج٢ ص١٨٨٨ ، سعدون العامـرى ص١١٣ . غني حسون طه ص ٢٢٨ .

فيها بالتزوير (١) . (قانون الاثبات ٢٢م)

علما بأن مجرد الطعن بالتزوير في هذه السندات لايؤثر في صحة هذه السندات مالم يؤد الى ابطالها بحكم صادر من محكمة مختصة يكتسب الدرجة النهائية .

ومع ذلك بالامكان تصور بعض الحالات التي يمكن ابطال السند بعد صدوره فمثلا للموصي له بعقار ان يقيم دعوى الاستحقاق على الورثة بالاستناد الى حجة الوصية واستصدر قرار من المحكمة بابطال السند الذى للورثة واصدار سند جديد باسمه .وللوارث الذى لم يدرج اسمه في القسام الشرعي تصحيح هذا القسام وادخال اسمة فية مع الورثة الاخرين ومن ثم اقامة دعوى الاستحقاق بحصته استنادا الى القسام الشرعي الصادر بنتيجة التصحيح وبالتالي استصدار قرار من المحكمة بابطال سند التسجيل العقارى الذى كان الورثة قد استحصلوه واصدار سند جديد باسمائهم جميعا على ان لايتمكن اولئك الورثة رد هذه الدعوى بالتقادم . وكما يجب الايؤدى الحكم بالاستحقاق الى الاضرار بحقوق المشترى او المرتهن بحسن نية من الورثة المذكورين استنادا الى الثقة بسجل دائرة التسجيل العقارى (٢) .

وكذلك بالامكان ابطال سند المشترى واصدار سند جديد باسم الشفيع في حالة ثبوت حق الاخير في اخذ العقار المبيع بالشفعة .

كما يلاحظ ان قانون التسجيل العقارى لسنة ١٩٧١ رقم ٤٣ تجيز ابطال التسجيل العقارى استنادا الى قرار من الوزير قبل اكتسابه الشكل النهائي أما بعد اكتسابة الشكل النهائي فلا يحق ابطاله الا بموجب حكم قضائي حائز درجة البتات ويترتب على ابطال التسجيل العيني ابطال السند من دون حاجة الى اثبات ويترتب على ابطال التسجيل العيني ابطال السند من دون حاجة الى حكم قضائي خاص بابطاله (١٣٩م تسجيل عقارى) .

---

(١) قرار محكمة التمييز المرقم ٩١٠/ح/٩٧٠ في ٩/٢٣ / ٩٧٠ النشرة القضائية. السنة الاولى ، العدد ٣ ص ٨٧ .

(٢) شاكر ناصر الوسيط ١ص ١٠٠ .

(٢) مؤلفنا موجز احكام قانون التسجيل العقارى ١٩٩٠ ص ١٥٤ ـ ٦١٠ .

الفـــــرع الثانـــي

تسليـــــم المبيـــع

عند الكلام عن التزام البائع بتسليم المبيع ، يلزم التطرق الى الامور التالية التي سنبحث كلا منها في مبحث خاص به ·

المبحـث الاول

اهمية التسليم وطرقـــه

لايكفي مجرد انتقال ملكية المبيع قانونا الى المشترى ، بل لابد من نقل حيازته اليه حتى يستطيع من تحقيقَ المنافعَ التيّ قصدها من الشراء ·

وقد كان للتسليم اهمية كبيرة في القوانين القديمة كالقانون الروماني والقانون المدني الفرنسي القديم ،اذ كانت الملكية لاتنتقل الى المشترى الا بالتسليم بـــل يلاحظ ان بعض القوانين المعاصرة يعلق انتقال ملكية المنقول على التسليم (٤٣٣م مدني الماني و ١٨٤ ٧١٤ م التزامات سويسرى) ·

اما التشريعات المدنية الحديثة الاخرى فانها وان لـم تشترط التسليـــم لانتقال الملكية الا انها مع ذلك اقرت اهميته ·فالتسليم يمنع من تطبيق قاعـــدة الحيازة في المنقول سند الملكية ، فمثلا اذا باع شخص منقولا معينا بالذات لشخصين بالتعاقب فان الثاني يمتلك المبيع اذا كان قد تسلم البيع وذلك استنادا الـــى قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ،الا انه يمتنع تطبيق القاعدة مدار البحـــث اذا كان المشترى الاول قد تسلم المبيع من البائع (١١٦٣ م مدنـي) (١)

وللتسليم اهمية في بيع الاشياء المثلية ، اذ ان ملكية هـذه الاشياء لاتنتقل الا بالافراز ، ولما كان الافراز لم يتم في الغالب عند التسليم ، لذلك يختلط انتقـال ملكية المبيع المثلي بتسليمه ·

كما للتسليم اهمية في ترتيب فوائد الثمن ، اذ ان المادة ٥٧٢ من القانون المدني تنص في هذا الصدد في فقرتها الاولى على انه (ـ لاحق للبائع في الفوائد القانونية عن الثمن المستحق الاداء ، الا اذا اعذر المشترى او سلمة الشيء المبيع وكان هذا قابلا ان ينتج ثمرات او ايرادات اخرى ،وذلك مالم يوجد اتفاق او عرف يقضي بغيــــره) .

فالمشترى يلتزم بفوائد الثمن القانونية اذا كان قد تسلم المبيع وكان هـــذا منتجا لثمار او ايرادات اخرى .

ويعترض البعض على هذا الحكم بداعي عدم وجود مبرر للتمييز بين المبيـــع المنتج للثمار والايرادات والمبيع غير المنتج لها ، اذ ان النوع الاخير يمكن الانتفاع به ايضا .

وعلى كل فان التزام البائع بالتسليم هو من مقتضيات عقد البيع بمعنـــى ان البائع يلتزم بالتسليم بمجرد انعقاد العقد ومن دون ضرورة الى نص فيــــــه يقضي بذلــك .

والتسليم قد يكون ماديا او معنويا (١) (٥٣٨ مدني عراقي ٤٣٥ مدني مصرى) والتسليم المادى هو التسليم الذى يستلم عملا ماديا محسوسا هو نقـــــل حيازة المبيع من يد البائع الى يد المشترى ،اى هو اقباض البائع المبيع الى المشترى فعلا ولهذا فهو يستلزم عملا ايجابيا من جانب المشترى هو استيلاؤه ماديا علـى المبيع .

وبجانب التسليم المادى هناك التسليم القانوني الذى يتحقق بوضع البائـع المبيع تحت تصرف المشترى وأعلامه بذلك ولو لم يتسلمه الاخير فعلا .

والسبب في اعتبار هذه الحالة في حكم التسليم هو ضرورة عدم ترك البائـــع تحت رحمة المشترى . ذلك لان التسليم المادى يستلزم قيام المشترى بعمـــــل ايجابي هو الاستيلاء على المبيع ، وقد يمتنع الاخير عن القيام به فيعطل بذلـــك عملية التسليم دون ان يكون للبائع تقصير في ذلك .

---

(١) يطلق فقهاء الشريعة الاسلامية عليهما تعبير (التسليم الحقيقي او الحكمي) .

كما ان التسليم يعتبر تسليما قانونيا في حالة اعذار البائع للمشترى لتسلم المبيع ، حيث يعتبر هذا الاعذار بمثابة وضع المبيع تحت تصرف المشترى .

وتختلف طرق التسليم باختلاف طبيعة المبيع . وقد نصت على ذلك الفقرة الاولى من المادة ٤٣٥ من القانون المصرى بقولها (... ويحصل هذا التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشيء المبيع) .

ورغم خلو التشريع العراقي من حكم مماثل للحكم المصرى الا ان الفقه يجمع على امكانية الاخذ به في ظل التشريع العراقي ايضا (١) .

ولذلك فالتسليم يجب ان يتم وفقا للطريقة التي تتناسب مع طبيعة الشيء المبيع تبعا لما اذا كان عقارا او منقولا او مجرد حق من الحقوق المعنوية . كما ان طريقة التسليم تختلف تبعا لظروف الاحوال .

فتسليم العقار يكون بالتخلي عن حيازته للمشترى ، فاذا كان العقار المبيع من المباني فعلى البائع اخلاؤه ونقل مافيه من اثاث ومتاع ،واذا كان ارضا زراعية فعلية الامتناع عن زراعتها والكف عن جني محصولها .

وعلى البائع في بعض الحالات اضافة لما تقدم ، ان يسلم مفاتيح الدار او الارض المسورة او تسليم مستندات التمليك . والمقصود بالمستندات هنا ليس هو عقد البيع الاخير ،وانما هو الحجج التي تثبت ملكية البائع للمبيع وقت البيع، لان هذه الحجج ضرورية للمشترى لتسجيل عقد او للتصرف في العقار في المستقبل لانه ملزم باثبات ملكية من تلقي الحق عنه (٢) .

اما تسليم المنقول المبيع فيتم عادة بالمناولة اليدوية اذا كان مما يسهل نقله وحملة . ويجوز ان يكون تسليمة بتسليم مفاتيح الصندوق او مفاتيح المخزن الذى يوجد فيه المبيع ، او بنقل المبيع ووضعه تحت تصرف المشترى كما لو كان المبيع الة بخارية لايمكن حملها . وقد يكون التسليم بالتخلية والاذن كما لو كان المبيع محصولات لاتزال قائمة في الارض او ثمارا على اشجار .

---

(١) العامرى ص ١٠٩ ، غني حسون طه ص ٢٣٣

(٢) انور سلطان ص ٢٤٩ ،الهلالي وحامد زكي ص ٢٩٧ . الصراف ص ١٦٣ .

واذا كان المبيع مجرد حق ولم يكن من الاشياء المادية فتسليمة يتم بتسليـــم سنده ٠فتسليم حق الارتفاق يتم بتسليم سنده اذا كـــان لـه سند او بالسماح للمشترى باستعمالة مع تمكينة من ذلك ٠

وتسليم الحقوق الشخصية يتـم بتسليم سنداتها المثبتة لها مـع مراعـــــاة الاجراءات اللازمة لسريان حوالة الحق في مواجهة المحال عليه ٠ فاذا لـــم يكـن لـه سند ثابت كحق المؤلف علــى مؤلفه ، فالتسليم يتـم بالتصريح للمشترى بالانتفاع بالحـــق ٠

والتسليم المعنوى هو التسليم الذى يتم بمجرد تراضي الطرفين ودون حاجـة الى استيلاء المشترى ماديا على المبيـع ٠

وقد نص المشرع على ثلاثة صور للتسليم المعنوي وهي :ـ

١ ـ **الصورة الاولى :ـ** ويتم التسليم بموجب هذه الصورة بمجرد تغيير نيـة المشترى في حيازة المبيع ٠ وقد نصت على ذلك المادة ٥٣٩ بقولها (اذا كانـت العين المبيعة موجودة تحت يد المشترى قبل البيع ،فاشتراها مـــن المالـك، فلاحاجة الى قبض جديد سواء كانت يد المشترى قبل البيع يد ضمان او يد امانه)٠

٢ ـ **الصورة الثانية :** والتسليم يتم بموجبها بمجرد اتفاق الطرفين ، اذا بقي المبيع في يد البائع بسبب جديد كالايجار او الهبة او الرهن الذى تم بينه وبين المشترى ٠ وقد اشارت الى ذلك الفقرة الاولى من المـــادة ٥٤٠ من القانـــون المدني التي تنص على انه (اذا أجر المشترى المبيع قبل قبضه الى بائعه او باعه منه او وهبه اياه او رهنه له او تصرف له فيه اى تصرف أخر يستلزم القبض، اعتبر المشترى قابضا للمبيع) ٠

٣ ـ **الصورة الثالثة :ـ** تنص الفقرة الثانية من المادة ٥٤٠ من القانون المدني على أنه (واذا اجره ـ اى اجر المشترى المبيع ـ قبل قبضه لغير البائع اوباعه

او وهبه او رهنه ، أو تصرف فيه اى تصرف اخر يستلزم القبض ، وقبضه العاقد .قام هذا القبض مقام قبض المشترى) .

وتختلف هذه الصورة عن الصورتين السابقتين في أن حيازة المبيع تنتقل فيها انتقالا ماديا الى شخص غير المشترى يعد نائبا عنه في تسلم المبيع . وهذا الشخص هو الشخص الذى تعاقد مع المشترى ،اذ ان حيازة هذا الشخص يعتبر قبضا ، فعليا بالنسبة للعقد الذى ابرمه مع المشترى ، وقبضا حكميا بالنسبة الى عقد البيع ويقوم القبض الاول مقام القبض الثاني (١) .

---

(١) العامرى ص ١١٢

المبحث الثاني

زمان التسليم ومكانه ومصاريفه

ان زمان تسليم المبيع هو زمان دفع الثمن من قبل المشتري وهذا الحكم ما هو الا تطبيق من تطبيقات القاعدة العامة في الدفع بعدم التنفيذ التي تجرى على العقود الملزمة للجانبين والتي بمقتضاها لايستطيع احد الطرفين اجبار الطرف الاخر على تنفيذ التزامة الا اذا هو نفذ التزامة ايضا او كان على الاقل مستعدا لتنفيذه .

ولكن للطرفين المتعاقدين الاتفاق على تسليم المبيع فور انعقاد العقد الى المشتري على ان يؤجل دفع الثمن الى تاريخ لاحق . كما لهما الاتفاق على دفع الثمن مقدما على ان يؤجل تسليم المبيع الى ميعاد أخر .(٥٣٦ م مدني) .

ومكان التسليم هو المكان المتفق عليه في العقد .فاذا لم يوجد اتفاق بذلك ،فان مكان التسليم هو محل وجود المبيع وقت ابرام العقد . ويفترض المشرع قرينة، في هذا الصدد ،بمقتضاها يعتبر محل اقامة البائع محلا لوجود المبيع المنقول الذى لم يعين محل وجوده .الا ان هذه القرنية قرينة بسيطة قابلة لاثبات العكس . ويترتب على ذلك ان للمشترى ان يثبت ان المبيع كان في محل اخر وقت التعاقد، فان اثبت ذلك وجب التسليم في هذا المحل لافي محل اقامة البائع (٢) (٥٤١م مدني)

والاصل ان البائع هو الذى يلتزم بمصاريف تسليم المبيع الى المشترى الا اذا وجد اتفاق او عرف يقضي بخلاف ذلك . فمثلا بموجب عقود توريد الماء والكهرباء يتحمل المستهلك اجرة العداد التي هي من مصاريف تسليم الماء والكهرباء (١) . كما يجوز ان يقضي الاتفاق او العرف بان تكون مصاريف التسليم مناصفة بين البائع والمشترى . (٥٤٢م مدني) .

والحكم اعلاه تطبيق من تطبيقات القاعدة العامة التي تقررها المادة ٣٩٨ من تشريعنا المدني والتي تنص على ان (نفقات الوفاء على المدين ، الا اذا وجد اتفاق او عرف او نص يقضي بغير ذلك) وكان بامكان المشرع الاكتفاء بها والاستغناء عن حكم المادة ٥٤٢ من القانون المدني .

---

(١) العامري ص١١٣ .

المبحث الثالث

ملحقات المبيع وحالته عند التسليم

١ ـ ملحقات المبيع

ملحقات المبيع هي كل مايعتبر متمما ومكملا للمبيع ، بحيث لايكمل انتفاع المشترى بالمبيع بدونه (٥٣٧ م مدني).

ويجب لتحديد ملحقات المبيع الرجوع اولا الى اتفاق المتعاقدين ، فان لم يوجد اتفاق ،وجب الرجوع الى العرف فاذا لم يوجد العرف ايضا وجب تحديد هذه الملحقات بحسب طبيعة المبيع وجنسه .

فملحقات العقار تشمل جميع ما اعد بصفه دائمة لاستعماله .كما تشمل جميع الحقوق والدعاوى المكملة له او المرتبطة به . فسندات التمليك وعقود التامين وحقوق الارتفاق المقررة له ودعوى مسؤولية المهندس والمقاول عن كل خلل اوتهدم يصيب البناء خلال عشرة سنوات من تاريخ تسليمه ، تعتبر جميعها من ملحقات العقار المبيع .

كما تعتبر من ملحقات المبيع جميع توابع العقار المتصلة المستقرة التي لاتقبل الانفكاك عنه دون ضرر يصيبه . فالدواليب المثبتة فيه ، والتماثيل المثبتة على قواعد ثابتة تعتبر من ملحقات المبيع .اما المرايا والثريات المعلقة فانها لاتعتبر من ملحقات المبيع .

ويشمل بيع الاراضي الزراعية ماكان من توابعها من مواش والات ومخازن ومالم ينضج من المحصولات والثمار والاشجار المغروسة فيها على سبيل الاستقرار اما المحصولات والثمار الناضجة والاشجار المزروعة في اوعية فلا تعتبر من الملحقات .

فيما يتعلق بملحقات المنقول يلاحظ ان بيع الحيوان يشمل صغاره التي يرضعها والشعر والصوف المهيأ للجز .وبيع السيارة يشمل مستندات ملكيتها وسنويتها وادواتها الاحتياطية وبيع المحل التجارى يشمل كافة عناصره المادية كالبضائع والدواليب والرفوف .

اما الزيادة الحاصلة في المبيع بعد العقد وقبل القبض كالثمر والنتاج فانهـــا تكون للمشتري مالم يوجد اتفاق او عرف بخلاف ذلك ٠(٥٧٢ م مدني) ٠

وقد اختلف الشراح في مصر حول اساس حكم المادة ٤٥٨ التي تقابل المـــادة ٥٧٢ من التشريع العراقي ٠ ففريق منهم يذهب الى وجوب تسليم الثمرة الـــى المشتري لان الثمرة تعتبر من ملحقات المبيع (١) ويذهب فريق اخر الى ان سبب تملك المشتري للثمار لايرجع الى اعتبار هذه الثمار من ملحقات المبيع وانما هـــو يرجع الى صيرورة المشتري مالكا للمبيع ٠ وبهذا الاعتبار ٠فانه يملك ثمار المبيع فالمشتري طبقا لهذا الرأي ،لايملك الثمار الامن وقت انتقال الملكية اليه (٢) ٠

٢ ـ حالة المبيع وقت التسليم

تنص المادة ٤٣١ من القانون المدني المصري على انه يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع ٠

ولم ينص المشرع العراقي على حكم مماثل ، ولذلك ينبغي الرجوع الى احكـام القواعد العامة وارادة الطرفين المتعاقدين لتحديد حالة المبيع وقـت التسليم (٣)

فاذا كان المبيع شيئاً معينا بالذات وجب على لبائع تسليمة على الحالة التـــي كان عليها وقت التعاقد ولو كان على حالة سيئة ،لان المفروض ان المشتري عاينـه او علم به علما كافيا (٣) ٠

ويجب على البائع ان يسلم المبيع المتفق عليه ولايجوز له تسليم شيء اخـــــر حتى ولو كن مساويا في القيمة او ازيد منها الا اذا وافق المشتري على ذلك

كما ليس للبائع أن يحـدث اى تغيير في المبيع ، سواء كان مادياً ام قانونيـــا

(١) مصور مصطفى ف ٧٥ ٠ اسماعيل غانم ف ١١٦ السنهوري ج٤ ص٧٧٤
(٢) الذنون ص ١٥١ ٠ الصراف ص١٧٠ ،غني حسون طه ص٢٤٣
(٣) انور سلطان ص ٢٠٣٠ الهلالي وحامد زكي ص ٣١٤ ٠السنهوري ج٤ ص٥٦٠

والا جاز للمشترى المطالبة بالتنفيذ العيني باعادة الحالة الى ما كانت عليه وقت التعاقد ، اذا كان ذلك ممكنا ،او المطالبة بالفسخ مع التعويض طبقا للقواعد العامة اذا تعذرت اعادة الحالة الى ما كانت عليه وقت التعاقد (١)

اما اذا كان المبيع شيئا معينا بالنوع فان البائع يلتزم بتسليم شيء من الصنف المتفق عليه فاذا لم يكن هناك اتفاق ولم يمكن استخلاص صنف المبيع من العرف او من ظروف التعاقد التزم البائع بان يسلم للمشترى شيئا من الصنف المتوسط لامن الصنف الجيد حتى لايغبن البائع ولا من الصنف الردىء حتى لايغبن المشترى (٢) واذا تم التسليم دون تحفظ من جانب المشترى اعتبر انه قد تم على الحالة الواجبة (٣)

وعبء الاثبات يكون على البائع لانه هو المدين بالتزام التسليم وعليه أن يثبت براءة ذمته من الالتزام ،اى أن يثبت عدم تغير حالة المبيع عما كان عليه وقت التعاقد (٤)

---

(١) الهلالي وحامد زكي ص ٣١٢ هامش رقم (١) ٠غني حسون طه ص ٢٤٤ ٠
(٢-٣) الهلالي وحامد زكي ص ٣١٤ ،السنهورى ج٤ ص ٥٦٠ ،٥٦١ مرقس ص ٣٥٨
(٤) السنهورى ج٤ ص ٥٦٣

المبحـــــث الرابـــــع

حكـــم نقص المبيـــع او زيادتـــــه

نتناول أحكام هذا المبحث في نقرتين نخصص ، اولاهما لحكم نقص المبيع او زيادته وثانيهما لهلاك المبيـــع .

١ ـ نقص المبيع او زيادتـــه :

يميز المشرع بين الاشياء المثلية التي لايضرها التبعيض وبين الاشياء المثليـة التي يضرها التبعيض .(المواد ٥٤٣ ، ٥٤٦ مدني)

آ ـ الاشياء المثلية التي لايضرها التبعيض :

ويكون المشتري مخيرا بين فسخ البيع وبين اخذ الباقي من المبيع بحصته من الثمن ،سواء سمي ثمنه جملـة او بسعر الوحـدة (١) فمثلا اذا أشترى شخص (١٠٠) طن من الحنطة بسعر الطن الواحد (٦٠) دينارا او بثمن اجمالي قـــدرة (٦٠٠٠) دينار ،ثم وجد مقدار المبيع عند التسليم (٥٠) طنا ،فانه يكون له امـــا فسخ البيع او أستلام الموجود من البيع بحصته من الثمن أي بـ(٣٠٠٠) دينـــارا .

اما اذا تبين ان الحنطة الموجودة هي اكثر من المقدار المتفق عليه ، فالزيـــادة تكون للبائع ولايجوز للمشتري اخذها حتى لو ابدى رغبته في دفع قيمتها مالـــم يوافق البائع على ذلك .كما لايجوز للاخير اجبار المشتري علـى شرائهـــا لان و البيع وارد على الكمية المتفق عليها في العقد .(٥٤٣م مدني)

ب ـ الاشياء المثلية التي يضرها التبعيـــض :

يجب التمييز بين حالتين هما حالة تسمية الثمن جملة وحالة تسمية الثمـــن على اساس سعر الوحده .وفي الحالة الاولى يقرر المشرع بأنه اذا ظهر نقص فـي

---

(١) قرار محكمة التمييز المرقم ٢٣٤/ مدنية ثالثة /٩٨١ في ١٢/٥/٨١ .الاحكام العدلية ، السنة الثانية عشر ، العدد الثاني ، ١٩٨١ ص ١٥ .

-ح المبيع عند التسليم /فان المشترى يكون مخيرا بين فسخ العقد وبين أخذ الباقي من المبيع بجملة الثمن المسمى في العقد الا أذا وجد اتفاق بين الطرفين المتعاقدين يسوغ للمشترى ان ياخذ الباقي بما يقابله من الثمن/ اما إذا وجد المبيع زائدا فالزيادة تكون للمشترى بلا مقابل ،الا أذا وجد اتفاق بين الطرفين المتعاقدين يلزم المشترى بدفع العوض عن هذه الزيدة .

والعلة في اعطاء الزيادة للمشترى بدون عوض هي ان (الثمن تعلق بالجملة لرضاء البائع ببيعها ، والزيادة وصف من الاوصاف ، والوصف لايقابلة شيء من الثمن (١) أي ان بيان مقدار المبيع يكون من قبيل الوصف والوصف لا يقابله شيء من الثمن وانما اعطى المشترى حق الفسخ اذ اظهر المبيع ناقصا لفقدان الوصف المرغوب فيه .(٥٤٥،٥٤٤ م مدني) .

فالمراد بالوصف هنا هو (الوصف الفقهي وهو التابع للشيء غير المنفصل عنه الذى يزيد الشيء حسنا فمثلا ان كون قطعة من الماس عشرة قراريط وصف للقطعة لانه يزيدها حسنا بدليل انها اذا نقصت قيراطا مثلا تهبط قيمتها هبوطا زائدا غير متناسب مع مقدار النقص .وان ظهر ناقصا خير المشترى بين الفسخ وبين اخذ المبيع بكل الثمن لان الثمن تعلق بالمبيع جملة ،ولم يتعلق به نظرا الى افراده) (٢) .

ويذهب بعض الشراح الى ان سبب اعطاء الزيادة الى المشترى هو تقصير البائع بصدد التاكد من مقدار المبيع ، فالمبيع كان في يد البائع وكان في استطاعته معرفة مقدار مايبيع ،فاذا قصر في ذلك وجب عليه أن يتحمل هو نتيجة تقصيره هذا (٣) .

اما في الحالة الثانية ،اى اذا كان المبيع من الاشياء المثلية التي يضرها التبعيض وحدد ثمنة على اساس سعر الوحدة وظهر نقص او زيادة فيه عند التسليم ،فان المشترى يكون مخيرا بين الفسخ وبين اخذ المبيع دون تبعيض ولكن بما يقابلة من الثمن لابالثمن المسمى . فمثلا اذا اشترى شخص قطعة قماش على

---

(١) منير القاضي ج١ ص ٢٣٥ ، ٢٣٦

(٢) السنهورى ج٤ ص ٧٥٤ هامش (١) . العامرى ص ١١٨ .

انها عشرة امتار بسعر المتر الواحد خمسة دنانير ،ثم ظهر انها تسعة امتار لاعشرة فلا يلتزم المشترى ، اذالم يشأ فسخ البيع، الابدفع خمسة واربعين دينار اما اذا تبين بان القماش احد عشر مترا فانه يلتزم بدفع خمسة وخمسين دينارا الى البائع ،اذا هو رجح عدم فسخ العقد ٠

فالفرق بين الحالتين اعلاه هو ان ليس للمشترى في الحالة الاخيرة ان يرفض الزيادة ، اذا لم يستعمل خياره بفسخ البيع ٠ اما في الحالة الاولى فله ذلك والسبب في ذلك هو عدم جواز تبعيض المبيع في الحالة الثانية لان ذلك يضر بالبائع (١) ٠

ويشترط لكي يكون للمشترى الحق في فسخ البيع وان يكون للبائع الحق فيما يظهر من زيادة تجاوز النقص او الزيادة خمسة في المائة من القدر المتفق عليه في العقد ٠ كما يلزم على المشترى ان يرفع الدعوى على البائع خلال مدة لاتزيد على ثلاثة اشهر من تاريخ تسليم المبيع تسليما فعليا لاتسليما حكميا او معنويا (٥٤٦ م مدني) ٠

والعلة في اقرار سريان مدة رفع الدعوى من تاريخ التسليم الفعلي هي ان التسليم الفعلي وحده يهيء للمشترى او البائع فرصة الكشف عن الزيادة او النقصان في المبيع (٢)

كما ان السبب في تحديد التقادم بهذه المدة القصيرة هو رغبة المشترى في تامين الاستقرار في المعاملات ،لان بقاء االعقد معرضا للفسخ مدة طويلة يحول دون تحقيق هذه الغاية (٣)

---

(١) العامرى ص ١١٩

(٢-٣) يراجع : مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصرى ج٤ ص ٦٥ السنهورى ج٤ ص ٥٧٧ هامش (٢) ٠ العامرى ٠ ص ١١٩

٢ ـ حكم هلاك المبيع قبل التسليم

تقع تبعة هلاك المبيع على المشترى اذا حصل الهلاك بعد أبرام البيع وبعد تسليم المبيع اليه ٠٠ سواء حصل الهلاك بفعل المشترى او بسبب اجنبي ٠ اما اذا تسبب البائع في الهلاك ، فيكون للمشترى الرجوع عليه كما لو كان شخص اجنبي طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية ٠

وعند حصول الهلاك بعد أبرام البيع وقبل تسليم المبيع الى المشترى ، يجب التمييز بين حالتين : الاولى هي حالة كون المبيع شيئا مثليا ، والثانية هي حالة كون المبيع شيئا معينا بالذات ٠

(آ) هلاك الشيء المثلي (المعين بالنوع) قبل التسليم :

لاتثور مشكلة من يتحمل تبعة الهلاك في هذه الحالة ،لان الشيء المثلي لايتعين بالذات الا بالافراز ٠ وقبل الافراز لايمكن للبائع ان يدعي هلاك المبيع في مواجهة المشترى بل هو يلتزم بان يسلمه شيئا من النوع المتفق عليه في العقد ٠٠ وكذلك الحكم حتى ولو كان المتعاقدان قد حددا الشيء المبيع بأوصافه كما لو باع شخص لاخر عشرة اطنان من نوع معين من الحنطة ، وكان البائع يملك من هذه الحنطة كمية معينة فهلكت قبل التسليم ،اذ يلزم البائع هنا بأن يسلم للمشترى الكمية المتفق عليها رغم هلاك الكمية التي كانت موجودة لدية ٠

ولكن ما الحكم اذا تسبب المشترى بالذات في هلاك المبيع المثلي ؟

يذهب فريق من الشراح الى ان للمحكمة أن تحكم في الحالة مدار البحث بمسؤولية المشترى وأن تعتبر البائع قد أوفى بالتزامه بالتسليم وأن المشترى قد تسلم الكمية حسب الاتفاق ،اذا رات (اى المحكمة) ان الحكم على هذا الوجه اقرب الى تحقيق العدالة من الحكم عليه بأداء التعويض والزام البائع بتسليم الكمية المتفق عليها (١)، ونرى وجوب الحكم على المشترى بالتعويض حسب قواعد المسؤولية التقصيرية مع الزام البائع بالتسليم ،لعدم امكان اعتبار التسليم واقعا في الحالة مدار البحث ٠

---

(١) الصراف ص١٧٧ و ١٧٨

(ب) هلاك الشيء المعين بالذات قبل التسليم :

حسب النصين ١٧٩،٥٤٧ من القانون المدني يجب التمييز بين مـــا اذا كـان الهلاك بفعل المشترى او بفعل البائع والهلاك بسبب القوة القاهرة ٠

اولا ـ الهلاك بفعل المشترى او البائـــع :

اذا هلك المبيع قبل التسليم بفعل المشترى كان الهلاك عليه ، سواء اكـــان الهلاك كليا أو جزئيا ويتوجب عليه أن يدفع الثمن الى البائع كاملا اذا كـــان لم يدفعه ، امـا اذا كان قد دفعه فيمتنع عليه أن يسترده من البائـع ٠

واذا كان الهلاك قبل التسليم بفعل البائع فانه يكون مسؤولا في مواجهـــة المشترى ، وعليه رد الثمن أن كان قد قبضه كما يلتزم بالتعويض عما اصـاب المشترى من ضرر وفقا للقواعد العامة ٠

ثانياً ـ الهلاك بسبب أجنبي :

ان المشرع يميز في هذا الصدد بين الهلاك الكلي والهلاك الجزئي ويقرر بـــان تبعة هلاك المبيع كليا ،خلال الفترة الواقعة بين ابرام البيع وقبل تسليم المبيـــع الى المشترى ، على عاتق البائع، رغم ان المشترى اصبح مالكا للمبيع قبل القبض٠ فالعقد ينفسخ تلقائيا ٠ لذلك يجب اعادة الطرفين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقـــد٠

وهذا الحكم ينسجم مع قواعد الشريعة الاسلامية ، ذلـك لان يـــد البائـــع على المبيع قبل القبض تعتبر يـد امانة ، فاذا هلك المبيع قبل القبض بقوة قاهرة انفسخ البيع وسقط الثمن وكان هلاكه على البائع (١) ٢٩٣ م المجلة) ٠

امـا القانون المدني الفرنسي فانه يجعل تبعة هلاك المبيع بعد البيع وقبـــل القبض على المشترى لا البائـــع ٠

وقد انتقد هذا الحكم من قبل الفقهاء لما ينطوي عليه من اجحاف بالمشتـرى ٠ حيث يلزمه في حالة هلاك المبيع ، بدفع الثمن دون مقابل ٠ كما انه يتعارض مـع

---

(١) منير القاضي ج١ ص ٢٥٧ ٠

مبدأ تقابل الالتزامات في العقود الملزمة للجانبين المقرر في القانون الفرنسي والذى رتبت عليه نظرية فسخ العقد لعدم قيام قيام احد المتعاقدين بتنفيذ امتزامــه او لاستحالة هذا التنفيذ ٠

ومع ذلك فقد حاول بعض الفقهاء تبرير الحكم الفرنسي باعتباره تطبيقـــا لقاعدة (الغرم بالغنم) ،فما دام المشترى يستفيد من كل زيادة في المبيع بعـــد العقد ،فمن العدل ان تقع عليه هلاكه بعد العقد ٠ واعتبره اخرون تطبيقــــا لقاعدة (هلاك الشيء على مالكه) ،فما دامت ملكية المبيع قـد انتقلت الى المشترى بمجرد انعقاد العقد فعليه انيتحمل تبعة هلاكه ،خاصة وان البائع قد وفى بتنفيذ التزامه بنقل الملكية ٠ وقال اخرون أن عقد البيع ،وقد اصبح ينقل الملكية الـى المشترى بمجرد ابرامة يعتبر قد وفى الفرض المقصود منـــه اساسا ،لان التزام البائع بنقل الملكية هو اهـم التزاماتة ٠ اما الالتزام بالتسليم فهو التزام ثانوى ٠

اما التشريع المصرى فانه يخالف التشريع الفرنسي في هذا الصدد ،حيـث يجعل تبعه هلاك المبيع قبل التسليم على البائع لا المشترى

اما اذا كان الهلاك جزئيا ، فان المشترى يكون مخيراً بين فسخ البيـــــع أو اخذ الباقي من المبيع بعد انقاص الثمن ٠

وفسخ البيع في هذه الحالة لايتم تلقائيا وبقوة القانون ، بل لابد لتقريره مـن حكم من المحكمة المختصة او اتفاق بين الطرفين المتعاقدين ٠

ويختلف حكم التشريع المصرى عـن الحكم العراقي لانه يقيد حـــق المشترى في الفسخ بوجوب كون الهلاك الجزئي جسيما بحيث لو طرأ قبل التعاقد لما تم البيع ولذلك يمتنع الفسخ على المشترى اذا لـم يبلغ الهلاك الجزئي الحـد المذكور (١) اما التشريع العراقي فانه لايقيد حق المشترى فيالفسخ بالقيد المذكور ولذلك فالاستجابة لطلب المشترى الخاص بالفسخ او عـدم الاستجابة لـــه يكـون متروكـا لحكـم القواعد العامة وتقدير القضاء ٠

---

(١) السنهورى ج٤ ص ٦١٧

هـذا واذا كـان الاصل هو تحمل البائـع لتبعة الهلاك قبل التسليم · الا ان لهذا الاصل الاستثناءات التالية :

اولا – اذا وجد اتفاق يقضي بان يتحمل المشترى تبعة هلاك المبيع قبـل القبض فيعمل بهذا الاتفاق ·

ثانيا – اذا اعذر البائع المشترى لتسلم المبيع في الاجل المحدد لذلك وامتنـع المشترى عن ذلك وهلك المبيع ، لان امتناع المشترى عن التسليم يعتبر تقصيرا في هذه الحالة فعليه ان يتحمل نتيجته ·

ثالثا – اذا وضع المشترى يده على المبيع قبل دفع الثمن ودون استئذان البائـع وهلك المبيع · فالمشترى هو الذى يتحمل الهلاك في هذه الحالة ·(٥٧٨/٢م مدني)

رابعا – اذا كان البيع تجاريا ،فان تبعه هلاك المبيع في القانون التجاري تـدور مـع انتقال الملكية لامع التسليم (١٥٣ م قانون تجاري الملغى) ·

ج – حكم هلاك المقبوض على سوم الشراء والمقبوض على سوم النظر :–

المقبوض على سوم الشراء هو ما يقبضه مريد الشراء من البائع بعد المساومة وتسمية الثمن حقيقة او حكما مـن قبل الطرفين المتعاقدين · فمثلا اذا قـال البائع للراغب في الشراء (ان ثمن سيارتي هذه عشرين الف دينار خذها فان اعجبتك اشترها)، فقال الراغب في الشراء (اذا اعجبتني اشتريتها بعشرين الـف دينار) واخذها كانت السيارة مقبوضة على سوم الشراء وقد سمي الثمن حقيقة · اما اذا سمى احـد الطرفين الثمن ولم يقل الثاني شيئا بل اخذ السيارة علـى ان يشتريها ان اعجبته كان المقبوض على سوم الشراء ، وقد سمي الثمن حكمـا لان سكوت الطرف الثاني واخذه السيارة يعتبر رضاء منه بالثمن الذى ذكـره الراغب في البيع ·

اما المقبوض علـى سوم النظر فهو المقبوض لاجـل ان ينظره القابض او ان يريـه لاخر سواء بين له ثمن او لـم يبين (١) ·

وواضح من النص اعلاه انه اذا هلك المقبوض على سوم الشراء بيد القابـض هلك مضمونا عليه بثمنه ان كان مثليا وبقيمته مهما بلغت ان كان قيميـا (٢) ·

(١–٢) منير القاضي ج١ ص ٢٧٣ و ٢٧٤ · قارن : حسن ذنون ص ١٨٠

وكذلك الحكم اذا هلك المقبوض بفعل القابض وكان الهلاك قد حصل بعد رجوع صاحب المال عن رغبته في البيع . اما اذا تسبب القابض في الهلاك قبل رجوع صاحب المال عن رغبته في البيع ،فان فعله هذا يعتبر رضاء بالشراء وتنفيذا لـه .

اما المقبوض على سوم النظر فيعتبر امانـه في يد القابض . فاذا هلك بيده دون تعد منه او تقصير ضمان عليه . أما اذا هلك المقبوض بتعد او تقصير من القابض فان الاخير يضمن المثـل ان كان مثليا ، والقيمة مهما بلغت ان كـان قيميا .

وحكم المقبوض على سوم الشراء دون تسمية الثمن كحكم المقبوض على سوم النظر .

وقد اختلف الشراح (١) حول التكييف القانوني للمقبوض على سوم الشـراء والمقبوض على سوم النظر . ففريق منهم يذهب الى اعتبار المقبوض علـى سوم الشراء امـا بيعا موقوفا على اجازة المشترى أو بيعا بخيار الشرط . ويذهب غيرهم الى اعتبار المقبوض على سوم الشراء بيعا بشرط التجربة ،وغاية مـا في الامـر هو أن البيع هنا معلق على شرط فاسخ لا واقف كما هـو الاصل في بيع التجربة .ويذهب فريق آخر الى أن المقبوض على سوم الشراء اقـرب ما يكون الى صورة البيع المعلق على شرط واقف . ويبرر هؤلاء الشراح حكم التشريع العرقي الـذى يلقي تبعه الهلاك على القابض بالقول بان مرد ذلك هو ربط المشرع لهذه التبعة بالتسليم وحـده .

والرأى الراجح يذهب الى اعتبار المقبوض على سوم الشراء أقرب ما يكون الى صورة الوعد بالبيع ،واعتبار المقبوض على سـوم النظر اقرب مـا يكون الى مجرد دعوة للتفاوض لان المقبوض في الحالة الأخيرة ليس مقبوضا بموجب عقـد، ولان الطرفين مايزالان في مرحلة المفاوضات .

---

(١) راجع بالنسبة لهذه الاراء : منير القاضي ج١ ص ٢٧٤ . الصراف ص ١٨٥ العامرى ص ١٢٦ السنهورى ج٤ ص ١٤٣ هامش (١) الذنون ص ١٨٠ .

ثالثا ـ حكم هلاك العقار بعد التسليم وقبل التسجيل :ـ

اختلف الشراح في مصر في هذا الصدد ٠فقسم منهم يذهب الى أن هـــلاك العقار المبيع قبل التسجيل ولو بعد التسليم يكون على البائع لاعلى المشتـــرى وذلك لاستحالة وفاء البائع بالتزامة بنقل الملكية في هذه الحالة ٠

ولكن الراى الراجح يذهب الى انه لاعبرة بانتقال الملكية ، لان تبعـة الهـــلاك انما تدور وجودا وعدما مع التسليم ٠ لذلك فان البائع يتحمل تبعة هـــلاك العقار اذا حصل قبل التسليم وقبل التسجيل او حصل قبل التسليم وبعـــد التسجيل امـا المشترى فانه لايتحمل تبعة الهلاك الا اذا حصل الهلاك بعد التسليم وقبل التسجيل ٠ او حدث بعد التسليم وبعد التسجيل (١) ٠

والشراح عندنا على خلاف ايضا (٢) فقسم منهم يذهب الى (أن القانـــون المدني لـم يصرح عن حكم المقبوض في البيع الباطل ،كما هو الحال في المجلـــة ولذلك فيرجح اعتبار المبيع غير المسجل مضمونا على المشترى القابض ،لان هذا الحكم هو الذى يستنتج من عبارة المادة ـ ٢/١٣٨ مدني ـ وهو الـــــذى يتفق مـع الراى الراجح عنـد الفقهاء بالنسبة للبيع الباطل ،ومـع احكام الشريعـــة الاسلامية بأعتبار البيع منعقدا وصحيحا بمجرد الايجاب والقبول ، ودخـــول المبيع في ضمان المشترى القابض ، وبالاضافة الى ماتقدم فـلان المشترى قد قبض في طرف عقد معاوضة ، فجهة القبض هي جهة عقد لاجهة امانه ، والبيع باطـــل وان لـم يكن له وجود قانوني ،فلـه وجود فعلي مادى) (٣) ٠ويذهب آخرون الى أن البائع يتحمل تبعة الهلاك اذا هلك العقار المبيع تحت يد المشترى وكان بأنتظار تسجيل العقد في دائـرة التسجيل العقارى بدون تعد منـــه ولا تقصير ٠

ونرجح الراى القائل بان (الهلاك على المشترى فيده يد ضمان لايد امانـــه ؛ اذ من الواضح ان العقار مقبوض على سوم الشراء مـع تسمية الثمن ،كما تقدم (٥٤٨م مدني) فالمشترى قد وضع يده على العقار بقصد تملكـه ،ولـم يقصـد البائع مـن تسليم العقار اليه أن يكون وديعة أو امانـــة تحت يـده ٠

(١) بصدد هذه الاراء يراجع :/السنهورى ج٤ ص ٣٤٥ ٠ مرقس وامام ص٣١٥
(٢ـ٣) شاكـر نـاصر ج١ ص ١٢٩ ٠ الصراف ١٨٧ غني حسـون طـــه ص ٢٦٩ ويراجع المادتين ٤٢٦ ، ٤٢٧ مدني عراقي

٥ ـ جزاء اخلال البائع بالتزامة بالتسليم

وبالجميع بين حكم المادة ١٧٧ مدني واحكام القواعد العامة ، يمكن القول بانه للمشترى ، اذا اخل البائع بالتزامة بالتسليم ،المطالبة بالتنفيذ العيني اذا كـان ذلك ممكنا ،او المطالبة بالفسخ ،مـع التعيض في الحالتين اذا كـان لـه مقتضي.

فاذا كان المبيع عينا معينة بالذات ،واخل البائع بالتزامه ،جاز للمشترى بعـد الاعذار المطالبة بالتنفيذ العيني ،وذلك بالزام البائع بتسليم العين المبيعة ولـو جبرا عليـه .

اذا كان المبيع عينا معينة بالنوع فللمشترى بعد الاعذار الحصول علـى شيء من نوع المبيع على حساب البائع بعد استئذان المحكمة أو بدون استئذانهـا في الاحوال المستعجلة (٢/٢٤٨م مدني) .

وفي حالة تعذر التنفيذ العيني على الوجه اعلاه ،للمشترى المطالبة بالفسـخ مع التعويض اذا وجد مايبرره .

والاصل ان يكون الفسخ قضائيا . الا انه يجوز للطرفين الاتفاق عليـه (١٧٨ م مدني) .

وخيار المشترى في طلب التنفيذ العيني او الفسخ يظل قائما لحين الحكـم النهائي ،فاقامة المشترى دعوى المطالبة بالتنفيذ العيني لايعني تنازله عن حقـه في الفسخ بل له العدول عن التنفيذ العيني والمطالبة بالفسخ ،على أن لايكـون الحكم النهائي قد صدر (١) .

---

(١) الذنون ص ١٧١ ٧ العامري ص ١٢١ ١ غني حسون طه ص٢٥٧ .

الفـــــرع الثالـــث

ضمان التعرض والاستحقـــاق
والعيـــوب الخفيـــة

يلتزم البائع ،بموجب عقد البيع ،بالامتناع عن التعرض الشخصي ويدفـــع ما قد يصدر من تعرض قانوني للمشترى ٠

كما انه يلتزم بضمان خلو المبيع من العيوب الخفية التي تظهر فيه ٠

وعليه سنبحث احكام هذا الفرع في مبحثين : تخصص اولهما لضمان التعرض والاستحقاق ،وثانيهما لضمان العيوب ٠

المبحـــث الاول

ضمان التعرض والاستحقـــاق

الاصل أن ضمان البائع للتعرض والاستحقاق يثبت بحكـم القانون ٠ الا ان احكام هذا الضمان ليست من النظام العام ،اذ يجوز للطرفين المتعاقديـن الاتفاق على مايخالفها ٠ لذلك نتناول ادناه الامور اعلاه :ــ

١ ــ ضمـــان التعرض

كما يضمن البائع عدم التعرض شخصيا للمشترى ،فهو يضمن له دفع التعرض القانوني الصادر من الغير ايضا ٠

(ا) ضمان التعرض الشخصي : يلتزم البائع بالامتناع عن التعرض شخصيا للمشترى سواء كان التعرض ماديا أو معنويا ٠

والتعرض المادى هو كل فعل مادى يصدر من البائع ويكون من شأنه أن يعكر حيازة المشترى للمبيع دون أن يستند في القيام به الى حق قانوني يدعيـــه على المبيـــع ٠

ومثال التعرض المادى هو قيام مؤلف بنشر كتاب كان قد عهد الى ناشر بنشر طبعة معينة منه ، او قيام بائع الطاحون بخفض ارتفاع الماء الذى يقوم بتدوير هذا الطاحون عن المستوى الذى كان عليه وقت البيع (١)

ولكن هل يجوز للبائع الذى باع محلة التجارى ان يفتتح محلا تجاريا مماثلا في نفس الجهة التي كان فيها محلة الاول ؟ لاخلاف في أن البائع يلتزم بعدم المنافسة اذا وجد في العقد نص يلزم البائع بعدم المنافسة ..الا ان الخلاف قد ظهر بالنسبة لحالة عدم مثل هذا النص في العقد . ففريق من الشراح يذهب الى ان للبائع ان يفتتح محلا تجاريا مماثلا في نفس الجهة طبقا للمبدأ العام في حرية التعامل . ويذهب فريق آخر الى ان للبائع ذلك بشرط ان لايقصد من وراء ذلك الا ضرار بالمشترى . ويذهب الرأى الراجح الى القول بان ليس للبائع ان يفتتح محلا جديدا في نفس الجهة لان عقد البيع يفرض عليه التزاما بعدم منافسة المشترى منافسة غير مشروعة (١) .

كما يلاحظ ان المحاكم الفرنسية على خلاف حول ما اذا كان واجب البائع المذكور اعلاه واجبا شخصيا لاينتقل لورثته ،او انه واجب ينتقل الى الورثة لعدم ارتباطه بشخص البائع . ولكن يذهب جانب من الفقه الفرنسي الى ان هذا لايصح ان يكون مدار البحث ،بل مداره في الواقع معرفة ماذا كان عمل الورثة يعتبر تعرضا او لا يعتبر كذلك ،وذلك لانهم بصفتهم ورثة البائع ملزمون بعدم التعرض للمشترى اذا انتقل اليهم الالتزام بحسب احكام الميراث . فاذا انتقل اليهم هذا الالتزام ثم ثبت من اجراءاتهم انهم تعاطوا التجارة بشكل يلبس على الناس حقيقة امرهم ويشبه لهم أن محل المورث لايزال باقيا وجب ان يمنعوا من ذلك .ومثاله ان يبقوا اسم المورث على المحل وان يستمروا على اتباع الطرق والتقاليد التي كان يتبعها المورث نفسه .اما اذا كان الامر بخلاف ذلك كما لو كان اسم الوارث غير متفق مع اسم المورث او كان متفقا معه ولكن مضى على البيع او الوفاة وقت

---

(١) انور سلطان ص ٢٧٢ . السنهورى ج٤ ص ٦٢٧ .
(٢) الهلالي وحامد زكي ص ٣٤٠ . العامرى ص ١٢٨ . الصراف ص١٩٣ .غني حسون طه ص ٧٢٧٤

طويل بحيث اصبح مورثهم نسيا منسيا فلا يجوز منعهم في هذه الحالة من تعاطي التجارة (١) ٠

والبائع يلتزم بالامتناع عن التعرض المادي ولو كان الفعل المكون لهـــذا التعرض ليس في ذاته خطأ ولا تتوافر فيه شروط الفعل الضار ،بل يعتبـر فعلا من الافعال التي لو صدرت من غير البائع لما اجازت للمشترى الرجـوع على فاعلها بشيء ٠ومثال ذلك هو بائع محل التجارة ,اذ انـه لايجوز لـه ان يفتتح محلا أخر مماثل للمحل المبيع في نفس الجهة لان ذلك يعتبر تعرضا في حين ان هذا العمل يعتبر عملا مشروعا اذا صدر من شخص أخر غير البائع

والسبب في ذلك هو ان مركز البائع يختلف في هذا الصدد عن مركز الغيـر فالبائع بابرامه عقد البيع قد التزم بان ينقل الى المشترى مزايا ملكية المبيـع والانتفاع به ،فصار ملزما بان لايفوت بفعله هذا الانتفاع على المشترى (٢) ٠

اما التعرض القانوني فهو التعرض الذى يصدر من البائع استنادا الـى حق قانوني يدعيه على المبيع في مواجهة المشترى كما لو تبين ان البائع لم يكـن مالكا للمبيع وقت صدور البيع منه ,ثـم اكتسب الملكية بعد العقد بأن اشتـرى المبيع من مالكه الحقيقي او ورثه منه او وضع يده عليه المدة المكسبة للحق ففـي هذه الحالات لايجوز للبائع مطالبة المشترى بالمبيع , لان ذلك يعتبر تعرضـا قانونيا منه للمشترى واخلالا بالتزام الضمان الذى التزم به بموجب عقد البيـع, فلا تقبل دعواه لان من التزم بالضمان امتنع عليه التعرض ٠

ويجب هنا التمييز بين التعرض القانوني وبين ما يقوم بـه البائع استنادا الى القانون او الى عقد البيع ذاته ٠ فطلب البائع العقار المبيع بالشفعـة لايعتبـر تعرضا منه للمشترى , لانه انما يستعمل في هـذه الحالة حقا مقررا لـه في

---

(١) نقلا عن : الهلالي وحامد زكي ص ٣٤٠ هامش (٢) ٠
(٢) سليمان مرقس ص ٣٨٣ ٠ شنب ص ١٦٩ ٠

القانون . ولذلك فلا مسؤولية عليه · وكذلك الحكم في حالة طلب البائع نقض البيع بسبب الاكراه او الغلط الذي شاب ارادته وقت أبرام العقد . لانه انما يشتعل حقا مستمدا من عقد البيع ذاته (١) ·

والتزام البائع بالضمان غير قابل للقسمة حتى ولو كان المبيع قابلا للقسمة· ويترتب على ذلك انه اذا باع الشركاء الدار المملوكة لهم على وجه الشيوع , وظهر بعد ذلك ان احدهم هو الذي يملك الدار بوحده وان الاخرين لايملكونها، فان الاول يبقى ملتزما بعدم التعرض في كل الدار ولا يستطيع استرداد النصيب الذي يبيعه . ولكن له الرجوع على الاشخاص الاخرين الذين ظهر انهم ليسوا بشركاء لـه في المال المبيع (٢) ·

وللمشترى , اذا كان التعرض ماديا , ان يطالب بوقف وازالة كل من ترتب عليه من أثار · وللمحكمة في سبيل وقف التعرض ومنع البائع من التمادى في اللجؤ الى فرض الغرامات التهديدية عليه كما للمشترى المطالبة بالتعويض عما اصابه من ضرر بسبب التعرض الحاصل ·

اما اذا كان التعرض الواقع تعرضا قانونيا , فللمشترى في هذه الحالة المطالبة بعدم سريان بعض التصرفات القانونية في اواجهته , او المطالبة برد الدعوى اذا كان التعرض القانوني الصادر قد اتخذ هذا الشكل · فمثلا اذا كان البائع قد باع عينا لايملكها وقت البيع ثم اكتسب الملكية بعد ذلك , فرفع الدعوى لاسترداد المبيع , فبامكان المشترى في هذه الحالة رد الدعوى استنادا الى القاعدة القانونية التي تقضي بأن (من واجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض)، او استنادا الى القاعدة القائلة بأن (من سعى في نقض ماتم من جهلة فسعيه مردود عليه) ·

وللمشترى المطالبة بفسخ عقد البيع لاخلال البائع بالتزامه بعدم التعرض · كما لـه المطالبة بالتعيض طبقا للقواعد العامة (٣) ·

---

(١) السنهورى ج٤ ص ٢٣٤ · سليمان مرقس ص ٣٨٩ · غني حسون طه ص ٢٧٦

(١) مرقس وامام ص ٢٠٠ · شنب ص ١٧٣ ,غني حسن طه ص ٢٧٧ ·الصراف ص ١٩٤ , العامرى ص ١٢٩ ·

(٣) العامرى ص ١٢٩

(ب) ضمان التعرض الصادر من الغير

يلتزم البائع ،اضافة الىعدم التعرض الشخصي بدفع التعرض القانوني الصادر من الغير ايضا . فالبائع لايسال عن التعرض المادى الذى يصدر عن الغير حتى ولو ترتب عليه خروج المبيع من يد المشترى ، لان دفع هذا النوع من التعرض يكون من شأن المشترى الذى له ان يدفعه بكافة الوسائل المقررة في القانون لحماية حق الملكية وحيازة الاموال .

ويشترط لرجوع المشترى بضمان التعرض القانوني الصادر من الغير توافر الشروط التالية :ـ

أ ـ ان يكون التعرض تعرضا قانونيا لاماديا ، لان البائع ، كما بينا ، لايضمن سوى التعرض القانوني الصادر من الغير .

والتعرض القانوني من الغير قد يحصل اذا قام شخص دعوى يدعى فيها انه المالك الحقيقي لكل المبيع او لجزء منه ، او ان له حق انتفاع او ارتفاق عليه وكذلك يعتبر الادعاء بحق شخصي على المبيع تعرضا قانونيا ايضا ، كما لو ادعى الغير انه مستأجر للمبيع من البائع وان ايجاره ينفذ بحق المشترى لثبوت تاريخه قبل البيع .

ويكفي لوقوع التعرض القانوني مجرد الادعاء بالحق ، سواء اكان هذا الحق موجودا او لا وجود له ، سواء اكان السند الذى يستند اليه الغير في دعواه صحيحا او باطلا (١) .

ب ـ ان يثبت الحق للغير على المبيع قبل البيع ، سواء اكان قد ترتب بفعل البائع، او كان قد ترتب بسبب اجنبي .

ويترتب على ذلك ان للمشترى الرجوع على البائع بالضمان اذا كان الحق الذى يدعيه الغير على المبيع هو حق رهن على المبيع كان البائع قد رتبه على المبيع قبل بيعه ، او اذا كان الحق الذى يدعيه الغير هو حق اكتساب ملكية المبيع قبل البيع بالتقادم .

---

(١) السنهورى ج٤ ص ٦٤٦ .



الا ان البائع لايسأل عن التعرض القانوني الصادر من الغير اذا كـــان الغير يستند في تعرضه على حق لاحق لعقد البيع · كما لو اكتسب الغير ملكية العين المبيعة بالتقادم بعد البيع حتى ولو كانت مدة التقادم بدأت بالسريان قبـــل البيع ،ما دام للمشترى الوقت الكافي لاتخاذ اللازم لقطع التقادم (٢/٥٠ مدني) ·

وتستثني من الحكم الاخير حالة واحدة هي حالة ما اذا كان البائع هـو الذى تسبب في قيام حـق الغير علـى المبيع ، اذ ان البائع يسأل عـن ضمان التعرض القانوني من الغير في هذه الحالة حتى ولو كان الغير مستندا في تعرضه الـــى سبب قانوني لاحق على المبيع · فمثلا اذا قام بائع المنقول ببيعه ثانية الى مشتـر اخر تسلم المبيع فعلا وتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ·· فـــأن للمشترى الاول الرجوع على البائع بالضمان ولو كان حق المشترى الثاني لاحقـا لعقد البيع الاول ،لان البائع هو الذى تسبب فيقيام هذا الحق ·

ج ـ **ان يتعرض الغير فعلا للمشترى ·** فمجرد ظهور حق على المبيع للغير ، كظهور المبيع مرهونا للغير ،لايسوغ للمشترى الرجوع على البائع بالضمـــان ، لاحتمال عدم وقوع التعرض فعلا ، اذ قد يقوم البائع بفك الرهن ،او لاحتمال عدم تعرض الدائن المرتهن للمشترى فعلا ·

فاذا توافرت الشروط اعلاه قام التزام البائع بضمان التعرض القانوني الصادر من الغير ·

والتزام البائع هذا التزام بنتيجة لا التزام بوسيلة · ومفاد ذلك ان البائع يعتبر مخلا بالتزامه بالضمان بمجرد ان يكسب الغير دعواه ،حتى لو كـــان قد بـــذل اقصى جهده في دفع التعرض فلـم يوفق في ذلك (١) ·

---

(١) مرقس ص ٣٨٦ ·غني حسون طه ص ٢٧٨ · العاملى ص ١٣٠

٢ ـ ضمـــــان الاستحقـــاق

للمشترى الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق ، اذا تعرض الغير للمشترى على الوجه المبين في الفقرات السابقة ،واخفق البائع في دفع هذا التعرض بـــان حكم لهذا الغير بثبوت الحق الذى يريده ولا حاجة للنص على هـذا الضمـان في العقد لانه مقرر بحكم القانون (١)

والاستحقاق يتحقق اذا حرم المشترى فعلا من حق الحقوق التي لـــه على المبيـــع • كما لو ظهر ان المبيع مملوك لشخص اخر غير البائع كلا او جزءا، أو ظهـر انهناك بعض الحقوق كانت قد ترتبت على المبيع قبل البيع • وكذلك الحكم اذا صدر حكم نهائي بالاستحقاق ثـم اتفق المستحق مع المشترى على ترك المبيع للاخير بعوض ،لان ذلك يعتبر شراء للمبيع من المستحق (٥٥٢ م مدني)

هذا واذا كان الاصل هو امكانية الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق الا ان هنالك حالات يمتنع فيها رجوع المشترى على البائع كما يجب ان نبحث هـــذا الضمان في البيوع المتعاقبة والبيوع الجبرية • لذلك نتناول ادنـــاه هـــــذه الامور الثلاثـة :

(أ) مدى التزام البائـع بالضمان :

يميز المشرع في هذا الصدد بين الاستحقاق الكلي والاستحقاق الجزئي للمبيع

اولا ـ الاستحقاق الكلـــــي :

ان مدى ضمان البائع للاستحقاق الكلي يختلف باختلاف ما اذا كـــان حسن النية اوسيء النية (٥٥٤ م مدني)

البائع حسن النية : يعتبر البائع حسن النية اذا كان لايعلم باستحقاق المبيع وقت البيع •

---

(١) قرار محكمة التمييز ٩٩٤/ مدنية ثالثة /٩٧٥ في ٩٧٦/٩/١٥ ، مجلـــة الاحكام العدلية ، السنة الثانية عشرة العدد الاول / ١٩٨٠ ص ١٠ ، ١١ •

والبائع في هذه الحالة يلتزم برد الثمن الى المشترى سواء زادت قيمة المبيع او نقصت في الفترة ما بين ابرام البيع واستحقاق المبيع، وسواء حصلت الزيـادة او النقصان بفعل المشترى ،او بفعل صادر من غير المشترى ،او حصلت بسبب ارتفاع الاسعار او انخفاضها .

والجدير بالذكر هو انه كان الاولى بالمشرع العراقي ان يقرر تعويض المشترى بقيمة المبيع وقت الاستحقاق لابقيمة المسماة في العقد، ذلك لان بطلان او فسخ العقد يختلف عن حالة استحقاق المبيع . ففي الحالة الاولى لايكون التعويض الذى يلتزم به البائع على اساس عقد البيع لان بطلان البيع او فسخه يفترض زوال البيع . اما في الحالة الثانية فان البيع يظل قائما ، لذلك فالتعويض الـــذى يستحقه المشترى يعتبر تنفيذا بمقابل بعد ان استحال على البائع تنفيذ التزامه عينـــا .

فالعقد في حالة الاستحقاق هو مصدر التعويض وعلى هذا الاساس فـــان تعويض المشترى يجب ان يتم على اساس حرمانه من المبيع اى على اساس قيمة المبيع وقت الاستحقاق (١) .

ويقرر القانون المدني المصرى تعويض المشترى على اساس قيمة المبيع وقت الاستحقاق وذلك بموجب المادة ٤٤٣ منه .

ومع ذلك للبائع ان يطرح من الثمن ما يعادل الفائدة التي عادت على المشترى نتيجة انتفاعه بالمبيع وذلك وفقا لقواعد الكسب دون سبب . فمثلا اذا كان المبيع دارا قام المشترى بهدمها وبيع انقاضها ، ثـــم استحقت الدار ، كـــان للبائع ان يطرح قيمة هذه الانقاض من اصل الثمن (٢) .

ويلتزم البائع حسن النية بان يرد الى المشترى قيمة الثمار التي الـزم الاخير بردها الى المستحق . والمشترى لايلزم الابرد ثمار المبيع التي قبضها وهـو سيء النية . اما تلك التي قبضها وهو حسن النية فانه لايلتزم بردها لا نه يتملكهـــا (١١٦ ، ١١٦٦ م مدنـــي) .

---

(١) غني حسن طه ص ٢٨٥ و ٢٨٦ . العامرى ص ١٣٧ . قارن . حسن علـــي الذنـــون .

(٢) العامرى ص ١٣٧ . غني حسون طه ص ٢٨٦ .

وعلى البائع ان يرد المصروفات النافعة التي انفقها المشترى على المبيع كالمصروفات التي انفقت لاستصلاح الارض الزراعية المبيعة او لبناء طابق جديد على الدار المبيعة . اما المصروفات الكمالية فان البائع لايلتزم بها الا اذا كان سيء النية كما سنبين .

الا انه ليس للمشترى الرجوع على البائع بالمصاريف الضرورية التي انفقها على المبيع ، وانما له مطالبة المستحق بها (١١٦٧ م مدني) .

ويلتزم البائع ، اضافة لما تقدم ، برد كل المصروفات التي انفقها المشترى في دعوى الاستحقاق التي اقيمت عليه من قبل الغير ، او في دعوى الضمان . الا انه يمتنع عليه الرجوع على البائع بالمصاريف التي كان بالامكان تجنبها فيما لو اخطر البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت المناسب .

البائع سيء النيـــة :

اذا كان البائع سيء النية فانه يلتزم اضافة لعناصر التعويض المتقدمة بأن يدفع للمشترى الزيادة الحاصلة في قيمة المبيع في الفترة الواقعة بين ابرام البيع واستحقاق المبيع للغير ، سواء احصلت الزيادة بفعل المشترى او بسبب ارتفاع الاسعار ويلتزم البائع بان يرد للمشترى المصاريف الكمالية التي انفقها الاخير على المبيع . كما للمشترى مطالبته بما لحقه من خسارة او مافاته من كسب بسبب الاستحقاق .

فللمشترى مطالبة البائع بالمصروفات التي ضاعت عليه كمصاريف تحرير العقد ورسوم التسجيل واجرة الدلال وغيرها . كما له مطالبته بما فاته من ربح فمثلا اذا كان الثمن الذى دفعه المشترى مودعا في مصرف ويتقاضى عنه المشترى فائدة سنوية معينة ، فبامكان المشتري المطالبة بهذه الفائدة .

ثانيا ـ الاستحقاق الجزئـي :

في حالة الاستحقاق الجزئي يكون المشترى مخيرا بين امرين : اولهما فسخ البيع برد المبيع ، وثانيهما استيفاء المبيع مع المطالبة بالتعويض عما اصابه من ضرر بسبب الاستحقاق الجزئي .(٥٥٥ م مدني)

وحكم التشريع المصرى يختلف عن الحكم العراقي ، اذ ان التشريع المصرى يميز في الاستحقاق الجزئي بين ما اذا كانت الخسارة جسيمة أو غير جسيمة . وفي الحالة الاولى يخير المشترى بين الفسخ واستيفاء المبيع مع المطالبة بالتعويض . بينما لايسوغ للمشترى في الحالة الثانية سوى المطالبة بالتعويض عما اصابه من ضرر بنتيجة الاستحقاق الجزئي . (٤٤٤ م مدني مصرى) .

ب ـ الضمان في البيوع المتعاقبة والبيوع الجبرية :

احكام الاستحقاق اعلاه تطبق في حالة وجود عقد بيع واحد . ولكن ما الحكم في البيوع المتعاقبة ؟

تنص المادة ٥٥٣ من القانون المدني في هذا الصدد على انه (اذا استحق المبيع في يد المشترى الاخير وحكم به للمستحق ، كان هذا حكما على جميع الباعة ولكل ان يرجع على بائعه بالضمان لكن لايرجع قبل ان يرجع عليه المشترى منه (١) .

ويترتب على الحكم اعلاه انه اذا باع (أ) شيئا الى (ب) ، ثم باع (ب) هذا الشيء الى (ج) وباع (ج) نفس الشيء الى (د) واستحق تحت يد المشترى الاخير، فان لكل واحد منهم الرجوع على بائعه بالضمان ، أى ان :

(١) ل (د) الرجوع بضمان الاستحقاق على (ج)

(٢) ل (ج) الرجوع بضمان الاستحقاق على (ب)

(٣) ل (ب) الرجوع بضمان الاستحقاق على (أ)

ولكن ليس ل (ج) الرجوع على (ب) ما لم يرجع عليه (د) . كما ليس ل (د) الرجوع على (أ) مباشرة ، بل له الرجوع عليه عن طريق الدعوى غير المباشرة اذا توافرت شروطها . وفي هذه الحالة يتعرض لمزاحمة دائني مدينه ، لان الفائدة التي تحصل بنتيجة هذه الدعوى تدخل في أموال المدين وتكون ضمانا لجميع الدائنين (٢٦٢ م مدني) .

---

(١) قرار محكمة التمييز ٤٧٤ /استئنافية / ٩٨٥ ـ ٩٨٦ في ١٩٨٧/٣/١٨ المشاهدى ، ص ٩٤ .

ومع ذلك يذهب بعض الشراح الى اعطاء المشترى الاخير حق اقامة الدعـــوى المباشرة باسمه الخاص على اى من الباعة السابقين استنادا الى حـق البائـع له في الرجوع على من باع الشيء له · بداعي ان هذا الحق في الضمان ينتقل مـــع المبيع من مشترى لاخر باعتباره من الملحقات اللازمة للانتفاع به دون حاجــة الى النص عليه صراحة في العقـد (١) ·

ولايمكن الاخذ بهذا الرأى في التشريع العراقي نظرا لصراحة المـــادة ٥٥٣ التي تنص على انه (···· ولكل ان يرجع على بائعـه بالضمان ولكن لا يرجع قبل ان يرجع عليه المشترى منه) (٢) ·

ويلاحظ ان الشراح على خلاف حول مدى امكانية ثبوت احكام ضمان الاستحقاق في البيوع الجبرية · ففريق منهم يذهب الى عدم ثبوت الضمان فيالبيع الجبرى ، لان البيع لايتم بارادة البائع وانما يتم بناء على حكم من المحكمة ولاضمان علـــى الحاكـــم ·

وقد كان المشروع الاول للقانون المدني العراقي ياخذ بهذا الرأى فـــي المادة ١٢١منه ·

والرأى الراجح فقهاء وقضاء يذهب الى ان البائع يضمن الاستحقاق في البيـوع الجبرية ايضا ، لان من الثابت ان المشترى بالمزاد لم يحرمه القانون الا مــن الرجوع بضمان العيوب الخفية · فاذا باع الدائنون اموال مدينـ م عن طريـــق المزايدة نشأ عن هذا المبيع التزام بضمان التعرض ،وهذا الالتزام يتعلق بذمــة البائع لابذمة الدائنين الذين طلبوا بيع المال ·

ويترتب على ماتقدم انه اذا باع الدائن عينا غير مملوكة لمدينه عن طريـــة المزايدة ونزعت العين ممن رسا عليه المزاد ،فان للمشترى الرجوع على المديـــن بضمان الاستحقاق ، كما له الرجوع على الدائنين الذين استوفوا حقوقهم مـــن الثمن في حالة كون المدين معسرا ، وذلك في الحالتين التاليتين :ـ

---

(١) السنهورى ج٤ ص ٦٥٦ · مرقس وامام ف ٢٠٣ ·الذنون ص ٢٤٧
(٢) غني حسن طه ص ٢٩٥ · العامرى ص ١٤٢ · قارن ذنون ص ٢١٣ ·

اولا ـ اذا اثبت المشترى ان الدائن كان يعلم ان العين غير مملوكة لمدينة ،لاسيما اذا كان المدين قد نبهه الى ذلك او كان ينبغي ان يعلم بذلك ٠

ثانيا ـ اذا عجز المشترى عن اثبات ما جاء في الفقرة (ا) اعلاه فـان البيع يعتبر في هذه الحالة بيعا لملك الغير ، فاذا نقض المالك الحقيقي البيع بانتزاعه المبيـــع من المشترى ، جاز للاخير الرجوع على الدائن الذى حصل على الثمن بدعـــوى الاثراء بلا سبب (١) ٠

ح ـ حالات لايجوز للمشترى الرجوع فيها على البائع بالضمان :

ان الاصل وان كان يقضي بمسؤولية البائع عن استحقاق المبيع ، الا ان هناك احوال يتعذر فيها على المشترى الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق وهـــي ما يلـــي :ـ

اولا ـ اذا ثبت استحقاق الغير للمبيع اما باقرار المشترى او بنكوله عـــن اليمين ،الا اذاكان المشترى حسن النية وكان قداعذر البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت الملائـم ودعاه للدخول معه في الدعوى فلم يفعل ٠

ثانيا ـ اذا اثبت البائع بعد الحكم للغير بالاستحقاق استنادا الى اقرار المشترى الحسن النية او نكوله ان المستحق لم يكن على حق في دعواه بالاستحقاق وقد نصت المادة ٥٥١ من القانون المدني على الحالتين السابقتين ٠

ثالثا ـ اذا لم يقم المشترى باعذار البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت الملائـــم ولـــم يدعه للدخول معه في الدعوى وصدر عليه حكم حـاز حجية الشـــيء المقضي به لانه يكون قد فوت على البائع فرصة تدخله في الدعوى لدفعهـــا ٠

رابعا ـ اذا سلم المشترى للغير بحقه في الاستحقاق قبل ان يرفع الدعـــوى ، ولـو لم يثبت البائع ان المعترض لم يكن على حق في دعواه (١) ٠

---

(١) السنهورى ج٤ ص٦٥٨ ٠ مرقس وامام ف ٢٠٢ ٠العامرى ص ١٣٣ ، غني حسون طه ص ٢٩٦ ، ٢٩٧ ٠

(١) العامرى ص ١٣٥ ٠ غني حسون طه ص ٢٨٣ ٠

هذه هي الحالات التي يمتنع فيها على المشترى الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق ،اما فيما عدا هذه الحالات فللمشترى الرجوع على البائع بالضمان وفقا للقواعد المبينة في الفقرات السابقة .

٣ ـ تعديل احكام ضمن التعرض والاستحقـــاق

ان احكام الضمان القانوني التي بحثناها في الفقرات السابقة ليست مـــن النظام العام ، لذلك يجوز للطرفين المتعاقدين الاتفاق على ما يخالفها ، سواء عن طريق تشديد هذا الضمان او تخفيفه او اسقاطه . (٥٥٦ م مدني) .

أ ـ تشديد الضمـــان : يجوز للمتعاقدين ، كما اسلفنا ، تشديد الضمـــان القانوني . على أن يذكر شرط التشديد بشكل دقيق والفاظ صريحة . يعتبـــر تشديدا للضمان ما يرد في العقد من عبارات عامة تؤكد ضمان البائع ،كما لو ذكر في العقد ان البائع يضمن جميع ما يحصل للمشترى مـن المنازعات وموانـــع الانتفـــاع .

الا انه ينبغي اخذ الشرط بنظر الاعتبار اذا ورد بشكل صريح ومحـدد فـي العقد كما لو أشترط على البائع في العقد ضمانه لجميع المصروفات الكمالية حتى ولو كان حسن النية ، او اشترط عليه ضمان التعرض المادى الـذى قـد يصـدر مـن الغيـــر .

٢ ـ تخفيف الضمـان كما يجوز للمتعاقدين الاتفاق على تشديد الضمان يجوز كذلك لهما الاتفاق على تخفيف هـذا الضمان فمثلا للبائع ان يشترط علـــى المشترى عدم ضمانة لما عسى ان يظهر في المبيع من حقوق ارتفاق خفية لايعلـــم بها البائع ، او ان يشترط عليه الا يرجع عليه الا بقيمة المبيع وقـت الاستحقـاق اذا كانت هذه القيمة اقل من الثمن الذى بيع به . ،او ان يشترط عليـــه الا يرجع عليه بالمصروفات النافعة .

ويجب ان يكون شرط تخفيف الضمان واضحا وصريحـا في العقد . ولكـــن يلاحظ ان الفقرة الثانية من المادة ٥٥٦ مـن القانون المدني تقرر حكما خاصـــا

بالنسبة لحقوق الارتفاق ، حيث تقرر بانه (ويفترض في حق الارتفاق ان البائع قد اشترط عدم الضمان ، اذا كان هذا الحق ظاهرا او كان البائع قد ابان عنه للمشتري)[1] ٠

فعلم المشتري بحق ارتفاق قائم على المبيع ،يعد بمثابة اشتراط البائع اعفاء نفسه من الضمان ٠ ،

جـ ـ **اسقاط الضمان** : وللبائع أن يشترط في العقد على المشتري الا يضمن التعرض ولا الاستحقاق على الاطلاق وفي كل الاحوال ٠

وشرط اسقاط الضمان يكون معتبرا ومنتجا لاثره في اعفاء البائع من الضمان الا اذا كن البائع قد اخفى سبب الاستحقاق عمدا عن المشتري ، او اذا تسبب بفعله في الاستحقاق ٠ (٣/٥٥٢ و ١/٥٥٧ م مدني)

اما اذا استحق المبيع بفعل الغير ، فيعتبر شرط عدم الضمان صحيحا ومنتجا لاثاره ٠ ولكن مع ذلك يبقى البائع مسؤولا عن رد ثمن المبيع ٠(٥٥٧/م٢ مدني)[1] ٠

ويعفي المشرع المصري (وكذلك الفرنسي)[1] البائع من رد الثمن في الحالتين التاليتين :ـ

اولا ـ اذا اثبت البائع بشرط عدم الضمان ان المشتري كان عالما وقت البيع بسبب الاستحقاق ، اذ لايلتزم البائع بشيء نحو المشتري اذا استحق المبيع ، لان قبول المشتري بشرط عدم الضمان مع علمه وقت ابرام العقد بسبب الاستحقاق يدل على رغبة المشتري في اعفاء البائع من كل مسؤولية ٠

ثانيا ـ اذا اقترن شرط بعدم الضمان باعتراف المشتري بانه يتحمل وحده ما قد يترتب على استحقاق المبيع للغير من نتائج (٤٤٦م مصري و ١٦٢٩ م فرنسي)[1] ٠

ولا يوجد حكم مماثل في التشريع العراقي ٠ ولكن الشراح عندنا يقولون بجواز الاخذ به بشرط ان لايكون البائع قد تعمد اخفاء سبب الاستحقاق ، ذلك لان الحكم مدار البحث يتفق مع القواعد العامة في التشريع العراقي (١)[1] ٠

---

(١) السنهوري ج٤ ص ٦٩٦ هامش (٢)[1] ٠ غني حسون طه ص ٣٠٣ ، الصراف ص ٢٠٤ ٢

المبحث الثاني

ضمان العيوب الخفية

ونظم المشرع العراقي احكام ضمان العيوب الخفية في المواد من ٥٥٨ الى ٥٧٠ من التشريع المدني العراقي . ومعظم هذه الاحكام مستمدة من الفقه الاسلامي .

وعند الكلام عن ضمان العيوب الخفية سنتطرق الى احكام الضمان القانوني والضمان الاتفاقي ثم تميز بين ضمان العيوب الخفية والغلط .

١ ـ احكام الضمان القانوني

بحث احكام الضمان القانوني يقتضي الكلام عن شروط العيب الموجب للضمان واحكام ضمان العيوب الخفية ومسقطاته .

ا ـ شروط العيب الموجب للضمان :

ان شروط العيب الموجب للضمان حسب المادتين ٥٥٨،٥٩ مدني هي الشروط التالية :ـ

اولا ـ ان يكون العيب خفيا : والعيب اما ظاهر واما خفي . والعيب يعتبر ظاهرا اذا كان باديا للعيان ،او كان غير بائن ولكن يسهل على المشترى اكتشافه اذا فحص المبيع بما ينبغي من العناية .

كما يجب لاعتبار العيب خفيا ان لايكون المشترى عالما بوجوده وقت البيع والا اعتبر العيب ظاهرا وامتنع على المشترى الرجوع على البائع بالضمان لان اقدام المشترى على شراء المبيع مع علمه بوجود العيب يعتبر دليلا على انه قد راعى وجود هذا العيب عند تحديده الثمن ، او انه اعتبره عيبا غير مؤثرا في قيمة المبيع او نفعه (١) .

واثبات علم المشترى بالعيب يعتبر اثباتا لواقعة مادية . ولذلك يجوز للبائع ان يثبته بجميع طرق الاثبات (٢) .

(١) شنب ف ١٧٧ . غني حسون طه ص ٣٠٦ .
(٢) غني حسون طه ص ٣٠٦ .

واشترط خفاء العيب هو في حق المشتري ، اما البائع فانه يضمن العيب الخفي سواء اكان عالما بوجوده أم لم يكن ٠

والعيب يعتبر خفيا ، اذا تعذر على المشتري ان يكشفه ولو بذل في فحصه عناية الرجل المعتاذ ٠ اما اذا كان باستطاعه المشتري كشف العيب بفحص المبيع بالعناية المطلوبة ، فالعيب يعتبر عيبا ظاهريا لاخفيا في هذه الحالة ٠

وعناية الرجل المعتاد قد تتطلب احيانا الاستعانة بخبير ٠ فمثلا اذا كان المشتري شخصيا ليست له خبرة في امور المباني ، فعلية الاستعانه بخبير من المهندسين لفحص المبيع ،فاذا اكتفى بفحصه شخصيا ، امتنع عليه الرجوع على البائع بضمان ما قد يظهر من عيوب فيه ،لان هذه العيوب تعتبر ظاهرة في هذه الحالة طالما كان بالامكان اكتشافها ببذل عنية الرجل المعتاد الذي يسترشد في مثل هذه الاحوال برأى اهل الخبرة ٠

واذا كان الاصل هو عدم التزام البائع بضمان العيب اذا كان بامكان المشتري كشفه بفحص المبيع بما ينبغي من العناية ، الا ان المشرع استثنى من هذا الاصل الحالتين المذكورتين في المادة ٥٥٩ سالفة الذكر من القانون المدني ، حيث بامكانه الرجوع على البائع بالضمان(اذا اثبت المشتري ان البائع قد اكد له خلو المبيع من العيب وانه لم يقم بفحص المبيع بما ينبغي من العناية اعتمادا على هذا التاكيد ٠ او اذا اثبت ان البائع قد تعمد اخفاء العيب عنه كما لو كان لشخص الة مكسورة لحمها ودهنها بطلاء بقصد اخفاء عيبها ثم باعها على انها سليمة ٠ فالعيب في هذه الحالة يعتبر خفيا ويضمنه البائع ولو كان بامكان المشتري كشفه لو بذل عناية الرجل المعتاد في فحصه ٠

ثانيا ـ ان يكون العيب مؤثرا :

والعيب المؤثر هو (ماينقص ثمن المبيع عند التجار وارباب الخبرة او ما يفوت به غرض صحيح اذا كان الغالب في امثال المبيع عدمه) (٥٥٨ /٢م مدني) ٠

فالمعيار المقرر للتمييز بين العيب المؤثر والعيب غير المؤثر معيار مادي بمقتضاه يعتبر العيب مؤثرا اذا كان من شانه ان ينقص قيمة المبيع او ان ـ يفوت غرضا صحيحا منه ٠

والجدير بالذكر هو ان نقصان قيمة المبيع وفوات الغرض الصحيح منه امران متميزان فالعيب قد ينقص قيمة المبيع ولكن دون ان يفوت غرضا صحيحا منـــه٠ كما لو اشترى شخص سيارة صالحة لجميع الاغراض المقصودة ولكن ظهر فيهـا عيب خفي في المقاعد يؤدى الى نقص قيمتها ٠كما ان العيب قد يفوت غرضاصحيحا ولكن دون ان ينقص قيمة المبيع ، كما لو كان المبيع اله ميكانيكية فيها عيـــب خفي يجعلها غير صالحة لبعض الاغراض ولكنها مع ذلك تبقى محتفظة بقيمتهـــا المادية ول كان هذا معروفا لما قلنا قيمتها ٠

الا ان البائع لا يلتزم بالضمان اذا لم يود العيب الموجود في المبيع الى نقص قيمته في السوق او الى فوات غرض صحيح ،لان العيب يعتبر تافها يجب عـدم الاعتداد به ،كما لو كان هناك خدش خفيف في هيكل السيارة ٠

كما ان البائع لايلتزم بالضمان اذا كان العيب مما جرى العرف علـى التسامح فيـــه ٠

ثالثا ــ ان يكون العيب قديمـا : والعيب يعتبر قديما اذا وجد في المبيـــع وقت التعاقد او طرأ عليه بعد العقد وقبل التسليم ٠ كما ان العيب يعتبر قديما اذا كانسببه قائما فيالمبيع بعد لبيع وقبل التسليم حتى ولو لم يتم اويظهر الابعد التسليم ٠ ففي بيع الاخشاب يكفي ان يكون التسوس قد داخلها قبل التسليـم ولو لم يظهر وينتشر الا بعد التسليم ، اذ يكون للمشتري الرجوع على البائـــع بضمان العيوب الخفية في هذه الحالة لان اصل العيب قد نشأ قبل التسليم وان كان اثره قد ظهر بعد ذلك ٠

رابعا ــ ان يكون البيع من البيوع التي ينشأ فيها ضمان البائع للعيوب الخفية :ــ

الملاحظ ان معظم الشراح يعتبرون حالة البيوع التي تتم بطريق المـــزاد العلني من قبل الجهات القضائية او الادارية ضمن الاحوال التي يسقط فيها ضمــــان البائع للعيوب الخفية ، مع ان هذا الضمان لاينشأ اصلا في هذه البيوع ولذلـــك نرجع بحث الحالة مدار البحث ضمن شروط العيب الموجب للضمان ٠

وقد نصت المادة ٥٦٩ من القانون المدني في هذا الصدد على انه [لاتسمع دعوى ضمان العيب فيما بيع بمعرفة المحكمة او الجهات الحكومية الاخرى بطريـــق المزايدة العلنيـــة] ·

والعلة في ذلك هو ان هذه البيوع تسبقها اجراءات طويلة تتاح خلالها الفرصة للمزايدين فحص المبيع قبل الاقدام على شرائه ،كما ان المشرع اراد بذلـك ضمان الاستقرار لهذه البيوع والحيلولة دون اعادة اجراءاتها ومصاريفها (١) ·

الا ان الجدير بالذكر هو ان حكم المادة ٥٦٩ اعلاه لايسرى اذا كـان البيــع بالمزاد العلني اختياريا · ولذلك فالبائع يظل ملزما بضمـان العيوب لخفيـة في هذه البيـــوع (٢) ·

ويرى بعض الفقهاء في فرنسا ومصر ان الحكم مدار البحث لايطبق الا اذا كـان تدخل المحكمة في البيع حتميا كما هو لحال في بيع اموال المدين المحجور عليـه اما اذا كان تدخلها عرضيا او اختياريا بناء على رغبة اطراف النزاع فللمشترى في هذه الحالة الرجوع على البائع بالضمان · فمثلا اذا رفعت دعوى القسمة عـن طريق ازالة الشيوع من قبل الشركاء كاملي الاهلية وبيع المال الشائع ، فللمشترى الرجوع بضمان العيوب الخفية على البالغين (٣) ·

ولايمكن الاخذ بهذا الراى نظرا لحكم المادة ٥٦٩ من القانون المدني الـــذى يمنع سماع دعوى الضمان في البيوع التي تتم بالمزاد بمعرفة المحكمة او الجهـات الحكومية ، سواء اكان هذا التدخل حتميا او عرضيا (٤) ·

---

(١) قرار محكمة التمييز ٢٥٩٨/ مدينة ثانية وثالثة /٩٧٥ في ٧٦/٦/٨ مجلـة الاحكام العدلية ، السنة الثانية عشر ، العدد الاول ١٩٨٠ ص ١٧ وكذلـك يراجع مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المصرى ج ٤ ص ١٦٩ ·

(٢) غني حسون طه ص ٣١٢ ·

(٣) السنهورى ج٤ ص ٣٧١ ·

(٤) غني حسون ص ٣١١ و ٣١٢ ·

ب ـ احكام ضمان العيوب الخفيــة :

يجب لرجوع المشترى بالضمان علـى البائع ان يبادر الى فحص المبيع ، وان يخطر البائع بما يكشف فيه من عيوب . فاذا ما قام المشترى بهذا الواجـب احتفظ بحقه في الضمان وكان له بعد ذلك ان يرجع على البائع بدعوى الضمان . لذلك سنتناول ادناه هذين الامريـن .

اولا ـ فحص المبيع واخطار البائع بالعيب :

على المشترى بعد تسلمه المبيع تسلما فعليا المبادرة الى فحص المبيع بعنايـة الرجل المعتاد بمجرد تمكنه من ذلك . فهو لايلتزم بفحص المبيع فور تسلمه ، بل عليه اجراء هذا الفحص خلال المهلة المعتادة وفقـا للمألوف في التعامل . فمثلا اذا كان المبيع سيارة وتسلمها المشترى فان المشترى لايعتبر قابلا بها بمجرد تسلمـه لها . بل لابد من مرور مدة معقولة تقضي بها ظروف التعاقد او جرى بهـا العرف (٥٦٠ م مدني).

وعلى المشترى اخبار البائع بالعيب بمجرد كشفه ودون تاخير . والسبب في ذلك هو ان التأخر في اعلام البائع بالعيب قد يجعل معرفة منشأ العيب ووقـت حدوثـه امرا متعذرا ، او يجعل اثبات العيب عسيرا مما قد يسبب فتح بـاب المنازعات وعدم استقرار التعامل (١) .

والاخطار يجوز ان يتم بانذار رسمي او برسالة بالبريد المسجل او العادى او مشافهة ،لان القانون لم يحدد شكلا خاصا به .

أما عبء اثبات وقوع الاخطار فيقع على عاتق المشترى ، الذى له اثبـات ذلـك بكافة طرق الاثبات لانـه يثبت واقعة مادية (٢) .

وحق المشترى في الرجوع على البائع بالضمان يسقط اذا اهمل هـو في فحص المبيع او في اخطار البائع بالعيب الذى كشفه خلال المـدة المعقولة الا اذا كـان

---

(١) السنهورى ج ٤ ص ٧٣٥ .

(٢) السنهورى ج ٤ ص ٧٣٧ . مرقس ص ٤٢٠ . غني حسون طـه ٣١٣ و ٣١٤ العامرى ص ١٥٠ .

البائع يعلم بوجود العيب وتعمد اخفاءه عـــن المشتـرى غشــا منـــــه حيث يكون للمشترى في الحالة الاخرة الرجوع على البائع بالضمان حتى ولو لـــــم يفحص المبيع او فحصه ولكنه اهمل في اخطار البائع بالعيب ·

ثانيا ـ دعوى ضمان العيوب الخفية : للمشترى الرجوع بالضمان على البائـع اذا تحققت شروط العيب الموجب للضمان واخطر هو البائع خلال المهلة المعقولة·

وحسب الفقرة الاولى من المـادة ٥٥٨ من القانون المدني يكون المشترى مخيرا بين فسخ العقد ورد المبيع او قبول المبيع بكل الثمن المسمى ·

اما المشرع المصرى فانه يميز في هذا الصدد ، بين العيب الجسيم والعيـــب غير الجسيم ·

وفي الحالة الاولى يخير المشترى بين الفسخ ورد المبيع ومطالبة البائع بالتعويض وفقا لاحكام الاستحقاق الكلي ، او استبقاء المبيع والمطالبة بالتعويض عن الضرر الذى لحقه بسبب وجود العيب في المبيع · اما في الحالة الثانية فلا يسوغ للمشترى سوى المطالبة بتعويضه عما اصابة من ضرر بسبب العيب غيـر الجسيم (٤٥٠ م مدني مصرى) ·

الا ان حكم الفقرة الاولى من المادة ٥٥٨ لايمنع المشترى من المطالبـة بالتنفيـذ العيني وفقا للقواعد العامة ·والتنفيذ العيني هذا يجوز ان يتـم بأصلاح العيـــب او استبدال المبيع المعيب بغيره على نفقة البائع اذا كـان ذلك ممكنا (١) · امـا اذا تعذر اصلاح المبيع او ابداله فللمشترى في هذه الحالة الخيار بين طلب الفسخ وانقاص الثمــــن ·

واذا كان المبيع عبارة عن اشياء بيعت صفقة واحدة ، وظهر عيب في بعضهـــا دون البعض الاخر ، وكان بالامكان تفريق الصفقة دون ضرر فللمشترى رد القسم المبيع مع مطالبة البائع بما يقابلة ،ولا يجوز لــه رد كل المبيع دون موافقة البائع · اما اذا تعذر تفريق الصفقة دون ضرر ،فيكون المشترى مخيرا بين فسخ البيـــع ورد المبيع او قبوله بكل الثمن المسمى (٥٦١ م مدني) ·

---

(١) الهلالي وحامد زكي ص ٤٠٢ · السنهورى ج ٤ ص ٣٧٤ ·
مرقس ص ٤٢١ · الذنون ص ٢٤٤ · غني حسون طه ص ٣١٦ ·

ويلاحظ ان المشرع قد نص على الحالات التي يمتنع على المشترى فسخ البيع ويقتصر حقه فيها على المطالبة بنقصان الثمن · وهذه الحالات هي مايلي :

اولا ـ حدوث عيب جديد في المبيع بعد التسليم :

لايجوز للمشترى فسخ البيع ورد المبيع اذا حدث عيب جديد في المبيع بعد التسليم ، وانما يكون له المطالبة بنقصان الثمن ، واذا زال العيب الحادث ، يعود الخيار للمشترى فيكون له الرد بخيار العيب في الحالة الاخيرة ·فمثلا اذا باع شخص حيوانا لاخر ،فمرض عند المشترى ثم أطلع على عيب قديم فيه ، فليس للمشترى رده بالعيب القديم ،بل له المطالبة بنقصان الثمن ، ولكن يكون له فسخ البيع ورد الحيوان اذا زال المرض عنه · (٥٦٢ م مدني)

ثانيا ـ زيادة شيء من مال المشترى على المبيع :

يقتصر حق المشترى على المطالبة بنقصان الثمن اذا كانت الزيادة متصلة غير متولدة كصبغ الثوب او البناء ، او كانت الزيادة منفصلة ولكنها متولدة كالثمر ونتاج الحيوان · والرد يمتنع في الحالتين اعلاه حتى ولو رضي البائع بالعيب الحادث · (٥٦٣ م مدني) وقد منع فقهاء الشريعة الفسخ والرد حتى ولو رضي البائع ذلك لحصول الربا ، أي دخول شيء في ملك البائع بلا مقابل واعتبروا هذا المنع من النظام العام ، أي من جهة الشريعة نفسها (١) ·

اما اذا كانت الزيادة متصلة ومتولدة من اصل الشيء كالسمنة ، او كانت منفصلة وغير متولدة كالاجرة ، فانهما لايمنعان الرد ·

ثالثا ـ هلاك المبيع في يد المشترى :

تنص المادة ٥٦٤ من القانون المدني على انه (اذا هلك المبيع المعيب في يد المشترى فهلاكه عليه ويرجع على البائع بنقصان الثمن) ·

الحكم اعلاه يطبق اذا كان الهلاك بقوة قاهرة او بسبب عيب جديد او بفعل المشترى · ولكن ما الحكم اذا كان الهلاك بفعل البائع اوبسبب العيب القديم ؟ ·

---

(١) القاضي ج١ ص ٣١١ ، وكذلك يراجع الهلالي وحامد زكي الهامش (٣) ص ٤١١

يرى البعض بان حق المشترى يقتصر على المطالبة بنقصان الثمن اذا كـــان الهلاك قد حصل بسبب العيب القديم(١) ·ويذهب اخرون الى ان للمشترى الفسخ اذا كان الهلاك قد حصل بفعل العيب الخفي او بسبب حادث فجائي اوقوة قاهرة، ويمتنع عليه ذلك في حالة واحدة هي حالة اهلاكه المبيع بفعله هو (٢) ·

والرأى الراجح يذهب الى ان للمشترى الرجوع على البائع بالثمن كاملا مـــع المصاريف كما لو كان المبيع قد استحق كليا بيد المشترى ، وذلـك حسب القواعد العامة (٣) · وتتبنى محكمة التمييز الراى الاخير في قرار لها جاء فيه انــــه (اذا اشترط المشترى ارجاع المبيع اذا ظهر عيب قديم فيه في ظرف شهر مـــن الاستلام ثـم هلك المبيع بسبب العيب لديم خلال هذه المدة فيجب على البائـــع اعادة الثمن الى المشترى) (٤) ·

رابعـــا ـ تصرف المشترى بالمبيع قبل اطلاعه على العيب ·

تنص المادة ٥٦٦ من القانون المدني على انه (اذا اطلع المشترى على عيب قديم في المبيع ثم تصرف فيه تصرف الملاك ، سقط خياره)

ويترتب على الحكم المتقدم انه اذا باع (أ) ما اشتراه من (ب) لـ (ج) ثـــم ظهر عيب في المبيع بعد البيع الثاني ، فلا يجوز لـ (أ) سوى مطالبة (ب) بنقصان الثمن ، الا اذا رجع عليه (ج) بضمان العيب ذاته ورد المبيع اليه (٥) ·

كيف يتم تقدير نقصان الثمن ؟

تنص المادة ٥٦٥ من القانون المدني على انه (يقدر نقصان الثمن بمعرفــــة ارباب الخبرة بأن يقوم المبيع سالما ثـم يقوم معيبا وما كان بين القيمتين مـــن التفاوت ينسب الى الثمن المسمى وبمقتضى تلك النسبة يرجع المشترى علـــى البائـع بالنقصان) ·

(١-٣) ذنون ص ٢٤٨ · الناهي شرح القانون التجارى ج١ ص١٦٥ · الصراف ص ٢١٤ العامرى ص ١٦٥ غني حسون ص ٣٢٠ ·
(٤) نقلا عن الدكتور غني حسون طه ص ٣٢٠
(٥) السنهورى ج٤ ص ٧٤٨ ·

فمثلا اذا اشترى شخص قماشا بعشرة دنانير ، وبعد ان قطعه وفصله اطلع على عيب قديم فيه واراد ان يرجع على البائع بضمان هذا العيب ، وقوم اهل الخبرة هذا القماش سالما باثني عشر دينارا ، ثم قوموه معيبا بتسعة دنانير كان التفاوت بين القيمتين ثلاثة دنانير وهو الربع ، ولذلك فللمشترى الرجوع على البائع بربع الثمن المسمى وهو ديناران ونصف الدينار .

ج ـ مسقطات ضمان البائع للعيوب الخفية :

يسقط ضمان البائع للعيوب الخفية في الحالات التالية :=

اولا ـ عدم فحص المبيع او عدم اخطار البائع بالعيب :

على المشترى ـ كما اسلفنا ـ بعد تسلمه المبيع ان يفحصه خلال المهلة المعقولة وان يخطر البائع بالعيب بمجرد كشفه . فاذا لم يفحص المبيع اطلاقا ، او لم يبذل في فحصه عناية الرجل المعتاد ،او انه فحص المبيع على الوجه المطلوب الا انه لم يخطر البائع بالعيب بمجرد كشفه ، سقط حقه في الضمان . الا اذا كان البائع قد اكد له خلو المبيع من العيب ،او اخفاه عنه .

ثانيا ـ تصرف المشترى بالمبيع بعد اطلاعه على العيب :

للمشترى الرجوع على البائع بنقصان الثمن اذا تصرف بالمبيع قبل اطلاعه على العيب . اما اذا تصرف فيه بعد اطلاعه على العيب فان حقه في الرجوع على البائع يسقط ،لان تصرفه هذا يعتبر نزولا عن حقه في الضمان وقبولا للمبيع .

ثالثا ـ تنازل المشترى عن حقه في الضمان :

اذا اقدم المشترى على شراء عين كان البائع قد اعلمه بوجود عيب فيها ،فلا يجوز له الرجوع على البائع بالضمان بسبب العيب المسمى ، لان شراءه العين رغم علمه بوجود العيب يعتبر رضاء منه بالعيب المسمى . الا انه له الرجوع على البائع بالضمان بسبب عيب اخر غير العيب المسمى . (٥٦٧/١ م مدني) .

رابعا ـ اشتراط البائع براءته من كل عيب او من العيب الموجود :ـ

فاذا اشترط البائع براءته من كل عيب ، فلا يجوز للمشترى الرجوع عليه بسبب جميع كما قد يظهر في المبيع من عيوب، سواء ماكان موجودا منه وقت ابرام العقد او ما طرأ منها على المبيع بعد انعقاد العقد وقبل التسليم ٠ اما اذا اشترط البائع براءته من العيب الموجود في المبيع ،فضمانه يسقط بالنسبة للعيوب الموجودة في المبيع وقت انعقاد العقد فقط ، ويظل مسؤولا من العيوب التي قد تطرا على المبيع بعد العقد وقبل التسليم (٥٦٧/٢م مدني) ٠

كما ان كل شرط يسقط الضمان يقع باطلا اذا كان البائع قد تعمد اخفاء العيب (٢٦٧/٢م مدني) ٠

خامسا ـ مضي المدة :

يجب اقامة دعوى الضمان خلال مدة سته اسهر من تاريخ تسليم المبيع والا فلا تسمع حتى ولو لم يطلع المشترى على العيب الا بعد فوات المدة المذكورة ،او لم يكتشف المشترى العيب اطلاقا ٠ (٥٧٠/م مدني) ٠

والمقصود بالتسليم هنا هو التسليم (الحقيقي) لا التسليم الحكمي ٠ لان التسليم الفعلي هو الذى يهيء للمشترى فرصة فحص المبيع واكتشاف العيب (١) ٠

الا ان حكم المادة ٥٧٠ من القانون المدني ليس من النظام العام ولذلك للطرفين الاتفاق على ان يلتزم البائع بالضمان لمدة اطول من المدة المقررة في المادة المذكورة ٠

كما ان دعوى الضمان لاتسقط بمرور ستة اشهر ، بل بمرور خمس عشر سنة من يوم اكتشاف العيب اذا كان البائع قد تعمد اخفاء العيب بغش منه ،، (٥٧٠/م مدني) ٠

---

(١) السنهورى ج٤ ص ٧٤٨ العامري ص ١٥٦ غني حسون طه ص ٣٢٦ ٠

٢ ـ احكـام الضمان الاتفاقـــي

ان احكام ضمان العيوب الخفية ليست من النظام العام • ولذلك اجـــاز المشرع للطرفين المتعاقدين الاتفاق علـى خلافها عـــن طريق تسديد الضمان او تخفيفه او الاعفاء منه •

١ ـ **تشديد الضمان :** للمشترى ان يشترطْ على البائع بأنْ يضَمن له جميع العيوب حتى ماكان ظاهرا منها او كان في امكان المشترى كشفها اذا هــو فحص المبيع بعناية الرجل المعتاد • كما للطرفين الاتفاق على تمديد المدة اللازمة لرفــع دعوى الضمان من ستة اشهر الى سنة او الاتفاق على ان تبدأ مـدة رفع الدعوى من تاريخ كشف العيب لا من تاريخ تسليم المبيع •

٢ ـ **تخفيف الضمان :** وللبائع ان يشترطَ تخفيفَ الضمان المقرر عليه بموجب القانون وذلك عن طريق الاتفاق مع المشترى على عدم ضمانه عيبا معينـــا بالذات كعدم ثبات لون المبيع ،او الاتفاق على تقصير المـــدة اللازمة لرفـــع الدعوى من ستة اشهر الى ثلاثة اشهر •

ج ـ **الاعفاء من الضمان :** وقد لايكتفي البائع بتخفيف الضمان ، بل قد يذهـب الى ابعد من ذلك ويتفق مع المشترى ان لايكون للاخير الحق في الرجوع عليـــه بالضمان ، كما لو اشترط البائع براءته من كل عيب موجود بالمبيع •

ويلزم لصحة الاتفاق على تخفيف الضمان او الاعفاء منه ان لايكون البائع قـد تعمد اخفاء العيب غشا منه •فمثلا اذا عمد البائع الى اخفاء الشقوق الموجودة فــي جدران المنزل المبيع بنقوش ورسوم ثم اشتراط عدم ضمانة عـن كل عيب ،فـان دعوى الضمان لاتسقط في هذه الحالة •

---

(١) غنى حسون طه ص ٣٢٦ • الصراف ص ٢٦٦ •

٣١ ـ التمييز بين العيب والغلط

من المفيد ونحن بصدد العيوب الخفية ، ان نميز بين دعوى الفسخ بسبب العيب الخفي ودعوى البطلان بسبب الغلط

والعيب الخفي ، كما بينا ، هو ماينقص ثمن المبيع في السوق او عند ارباب الخبرة او ما يفوت به غرض صحيح اذا كان الغالب في امثال المبيع عدمه (٢/٥٥٨ م/ مدني) .

امـا الغلط الموجب للبطلان فهـو الغلط في اصل الموضوع المعتبر في لعقد او في احد عناصره المادية او احدى صفاته الاساسية .

فالمشترى في حالة الغلط يشترى شيئا آخر مخالف للشيء الـذى قصد ان يشتريه . اما في حالة العيب الخفي فهو يشترى الشيء الذى قصد شراءه حقيقة . ولكنه يتضح له بعد الشراء ان بالمبيع عيبا يجعله غير صالح للاستعمال .

ويترتب على ما تقدم ان من يشترى لوحا من الواح التصوير على انه بريشة رسام معروف ثم يتضح له انه من ريشةرسام اخـر ،يعتبر واقعا في غلط ويكـون له طلب بطلان العقد لهذا السبب حتى ولو كانت الصورة سليمة في ذاتها وليس فيها عيب على الاطـلاق .

اما اذا اتضح ان اللوح من ريشة الرسام المقصود ولكن الوانه غير ثابتـة كان هذا عيباً يجيز للمشترى طلب الفسخ .

وقد يجتمع الغلط والعيب الخفي في بعض الحالات كحالة وقوع المشتـرى في غلط في صفة جوهرية من صفات المبيع اذا كان تخلف هذه الصفة تؤدى في نفس الوقت الى جعل المبيع غير صالح للغرض الذى قصده المشترى مـن الشـراء كمن يشترى حصانا على انه صالح للسباق فيجده على خلاف ذلك . ففـي الحالة الاخيرة يكون البيع موقوفا على اجازة المشترى بسبب الغلط ويكون منشأ

في نفس الوقت لضمان العيوب الخفية ، اى ا نالمشترى يكون مخيرا بين دعوى الغلط وبين دعوى ضمان العيوب الخفية ،ولكنه ليس له الجمع بينهما . فاذا رجع على البائع بدعوى الغلط فعليه ان يثبت ان البائع كان مشتركا معه في الغلط او كان يعلم او كان من السهل ان يعلم بوقوع المشترى في الغلط ، كما ينبغي عليه ان يرفع الدعوى خلال ثلاثة اشهر من وقت انكشا فالغلط . فاذا حكم بنقض العقد اعتبر كان لم يكن وكان لهاسترداد الثمن مع المطالبة بالتعويض ان كان له مبرر .

اما اذا رجع المشترى بدعوى ضمان العيوب الخفية ، فلا يطلب منه سوى اثبات وجود العيب الخفي في المبيع ولا يكلف باثبات علم البائع او عدم علمه .

الاحكام اعلاه تطبق اذا كان البيع قد تماختياريا .اما اذا كان المشترى قد اشترى الحصان في المزاد العلني الجبري بمعرفة المحكمة ا الادارة فلا يجوز له الرجوع على البائع بضمان العيوب الخفية في هذه الحالة لان هذه البيوع لاتنشأ هذا الضمان ولكن للمشترى في هذه الحالة ان يرفع دعوى الغلط .

وحكم البيوع التي تتمبالمزاد دونتدخل القضاءاو الادارة كحكم البيوعالاختيارية

الفصل الثاني

التزامات المشتري

الفرع الاول

دفع الثمن

عند بحث هذا الالتزام يجب التطرق الى الامور التالية .

١ ـ مايدفعه المشترى للبائع ٢ـ زمان ومكان دفع الثمن ٣ـ حق المشترى في حبس الثمن ٤ـ ضمانات البائع في استيفاء الثمن .

المبحث الاول

ما يدفعه المشترى للبائع

على المشترى ان يدفع الثمن للبائع . كما يلتزم بدفع مصاريف الوفاء بالثمن كأجور البريد او عمولة المصرف وغير ذلك . (١/٥٧١م مدني)

والحكم اعلاه ، ليس الا تطبيقا من تطبيقات المادة ٣٩٨ من القانون المدني التي تقرر بان نفقات الوفاء على المدين ، مالم يوجد اتفاق او عرف او نص بخلاف ذلك .

والاصل ان المشترى يلتزم بدفع الثمن المتفق عليه في العقد دون زيادة او نقصان ،ولكن مع ذلك يمكن ان نتصور بعض الحالات التي يلتزم فيها بدفع ما هو اكثر او اقل من الثمن المسمى . فمثلا يجوز الزام المشترى بدفع مبلغ اكثر من الثمن المسمى في العقد اذا ثبت انه استغل حاجة البائع او طيشه او عدم خبرته او هواه او ضعف ادراكه ولحق البائع من تعاقده غبن فاحش (١٣٥ م مدني) .كما يجوز ان يلتزم بدفع مبلغ اقل من ذلك كما هو الحال عند ظهور المبيع ناقصا عند التسليم ، حيث لايلتزم المشترى الا بدفع ما يقابل المقدار الموجود من المبيع (١) (٥٤٣ و ٥٤٥ م مدني) .

---

(١) السنهوري ج٤ ص ٧٨٠ هامش (١) مرقس ص٤٤٢ هامش (٣)

والاصل ان المشترى لايلتزم بدفع فوائد الثمن الا في الحالات الاستثنائية التي نصت عليها الفقرة الاولى من المادة ٥٧٢ من القانون المدني هي :

١ ـ وجود اتفاق، يقضي بالزام المشترى بدفع فوائد الثمن ٠من تاريخ ابـــرام العقد او من تاريخ تسليم المبيع ، او من اى تاريخ أخـــر ٠

٢ ـ اعذار البائع المشترى بوجوب دفع الثمن نظرا لاستحقاقه ٠حيث تســـرى الفوائد من تاريخ الاعذار الى حين وقت دفع الثمن ٠ على ان لايكون الاعـــذار قد وقع قبل استحقاق الثمن ٠

٣ ـ اذا كان المبيع قابلا لان ينتج ثمرات او ايرادات وتسلـم المشترى المبيع ولـم يدفع الثـــمن ٠

ولايشترط لاستحقاق الفوائد هنا ان ينتج المبيع هذه الثمرات والايرادات فعلا، بل يكفي لذلك ان يكون المبيع قابلا بطبيعته لانتاجها حتى ولو لم يحصل عليهـا المشتـــرى ٠

وينتقد غالبية الشراح الحكم اعلاه لانه يميز بين المبيع المنتج للثمرات والواردات والمبيع غير المنتج لها لان المبيع وان لم يكن قابلا لانتاج الثمرات والايرادات الا أن بامكان المشترى الانتفاع به بطريقة ما كقراءة الكتاب او تزييـــن داره بالصورة الزيتية (١)

ولكن ما الحكم اذا كان المبيع منتجا للثمرات او الايرادات وكان المشترى قـــد اتفق مع البائع على تأجيل الثمن ؟ ٠

الراجح ان المشترى لايلتزم في هذه الحالة بفوائد الثمن ، والا انتفت فائـــدة اشتراطه الاجل في اداء الثمن ، مالم يتبين من ظروف التعاقد ان قصد المشتـــرى كان ان يلتزم بأداء الفوائد ،وان اشتراط تأجيل دفع الثمن لم يكن الا لحاجتـــه اليـه ، ولا علاقة لاشتراط التأجيل بمسالة أنتاج المبيع ثمرات معينة او ايرادات خاصة (٢) ٠

ويلتزم المشترى اضافة لما تقدم بدفع تكاليف المبيع من وقت تمام البيــــع ، كالضرائب ونفقات حفظ المبيع وصيانته واستغلاله ، الا اذا وجد اتفاق او عـرف بخلاف ذلك (٢/٥٧٢ م مدني) ٠

---

(١) الصراف ص ٢٣٣ ٠

المبحث الثاني

زمان ومكان دفع الثمن

١ ـ مكان الدفع

مكان دفع الثمن هو المكان المعين في الاتفاق . واذا لم يوجد اتفاق بهذا الصدد ،فالمشترى يلتزم بتاديته في المكان الذى يتم فيه تسليم المبيع ،اذا كان الثمن مستحق الاداء في وقت هو غير وقت تسليم المبيع ، فالوفاء يجب ان يتم في هذه الحالة في موطن المشترى وقت الاستحقاق ، سواء اكان الثمن مستحق الاداء قبل او بعد تسليم اللبيع . (٥٧٣ م مدني) .

٢ ـزمان الدفع :

ان مطلق العقد ، أى اذا لم يشترط في العقد تعجيل الثمن أوتأجيله او تقسيطه، فان الثمن يكون مستحق الاداء بمجرد تمام العقد ويلتزم المشترى بدفعه اولا ثم يسلم المبيع .

واذا كان الثمن مؤجلا أو مقسطا فان مدة القسط او الاجل تبدأ من تاريخ تسليم المبيع ، الا اذا وجد اتفاق بخلاف ذلك ، او اذا كان سبب تأخير التسليم راجعا الى امتناع المشترى عن التسليم ،حيث تبدأ المدة في الحالة الاخيرة من تاريخ هذا الامتناع . (٥٤ ، ٥٧٥ م مدني)

المبحـــث الثالث

حـــق المشترى في حبس الثمـــن

نبحث حق المشترى في حبس الثمن في مطلبين : نخصص اولهما لحـــالات ثبوت حق الحبس للمشترى ، وثانيهما لسقوط هذا الحـق ·

المطلـب الاول

حالات ثبوت حـق حبس الثمـــن

للمشترى الحق في حبس الثمن تحت يده في الحالات الثلاثة التالية (٥٧٦مدني)

١ـ اذا تعرض احد للمشترى في وضع يده على المبيع بدعوى حق سابق علـــى المبيع او ناشيء من البائع ، على ان يقع هذا التعرض قبل الوفاء بالثمن ·

الا اذا وقع التعرض في جزء من المبيع فقط فلا يجوز للمشترى ان يحبس عـن البائع سوى قيمة هذا الجزء · كما لايجوز له حبس الثمن بحجة انـــه يستحق تعويضا قبل البائع لان الحكم له بالتعويض امر غير محقق مـــن جهــــة ،ولان القانون اجاز للبائع المطالبة بالثمن اذا قدم كفيلا به ولم يوجب عليه تقديـــم كفيل بالتعويضـــــ (١) ·

٢ ـ اذا وجدت اسباب يخشى معها على المبيع من ان يستحق وينتزع مـــــن تحت يد المشترى ، على ان تكون هذه الخشية مبنية على اسباب معقولة وجدية(٢) كظهور عدم عائدية المبيع للبائع او ظهور حق رهن على العقار المبيع ·

وتقدير ما اذا كانت اسباب الخشية جدية امر متروك لتقدير قاضي الموضوع

٣ ـ اذا كشف المشترى عيبا خفيا في المبيع يوجب ضمان البائع ، على ان لايكون الثمن مدفوعـــا ·

---

(١) الهلالي وحامد زكي ص ٤٣٥ هامش)١(·

(٢) مرقس ص ٤٤٩ ·

ويذهب الشراح الى ان حق المشترى في حبس الثمن في الحالات اعلاه ما هـــو الا تطبيق من تطبيقات القواعد الخاصة بالدفع بعدم التنفيذ .ولذلك فــــــان للمشترى الحق في حبس الثمن في جميع الحالات التي يتحقق فيها عدم الوفـــاء البائع بالتزاماته الناتجة عن عقد البيع ، كحالة تعرض البائع نفسه للمشتـــرى سواء أكان تعرضه ماديا او قانونيا ،او حالة امتناع البائع عـن اجراء الـــلازم لنقل ملكية المبيع الى المشترى ، او اذا كان الاتفاق يقضي بتسليم المبيع قبــــل استحقاق الثمن وكان البائع معذرا لتسليمه ولم يسلمــه رغم ذلــك ·

المطلب الثانـــي

سقوط حـــق حبس الثمـــــن

يسقط حق المشترى في حبس الثمن في الحالات التالية :ـ

١ ـ اذا تنازل المشترى صراحة عنه في العقد · كما لو تعهد للبائع بدفع الثمن حتى ولـو حدث له تعرض في حيازته. او ظهر له سبب مـــن اسبب أستحقاق المبيع ، او كشف فيها عيبا ·

ويعتبر المشترى متنازلا ضمنا عن حقه في حبس الثمن اذا هو دفع الثمن بعـد العلم بالسبب الموجب لجسمه · ولكنه له الرجوع على البائع في هذه الحالة وفقا لاحكام ضمان الاستحقاق ، اذا استحق المبيع فعلا (١) ومع ذلك يذهب البعضـــ الى ان علم المشترى بخطر الاستحقاق وقت العقد وتعهده مع ذلك بدفع الثمـــن في اجل معين لايحرمان المشترى من حق حبس الثمن وذلك لان المشترى ربما قصد من ذلك تمكين البائع من اتخاذ اللازم لمنع التعرض وعول على ان البائع ســوف يوقف التعرض قبل حلول اجل الدفع (٢) ·

٢ ـ اذا قدم البائع كفيلا يضمن للمشتري الوفاء بما عسى ان يرجع به على البائع

٣ ـ اذا زال سبب ثبوت حق المشترى في حبس الثمن · كما لو زال خطـــــر الاستحقاق ،او انقطع التعرض ، او قاما لبائع باصلاح العيب الذى كشفـــه المشترى في المبيع ·

(١ـ٢) سليمان مرقس ث ٤٥٣ · الهلالي وحامد زكي ص ٤٣٧ هامش (١) الهلالي وحامد زكي ص ٤٣٧ ·

المبحث الرابع

ضمانات البائع في استيفاء الثمـــــــن

اقر المشرع بعض الوسائل لضمان استيفاء البائع لحقه في الثمن . وهـــــذه الوسائل هي : حق البائع في المطالبة بالتنفيذ العيني او الفسخ ، وحق الامتياز المقرر له على المبيع . ولما كان محل بحث التنفيذ العيني النظرية العامة للالتزامات وقانون التنفيذ . وحق امتياز البائع في مادة الحقوق العينية (التبعية) فنكتفـي هنا ببحث حق البائع في حبس المبيع وحقه في فسخ البيع .

١ـ حبـــــس المبيـــع

للبائع الحق في حبس المبيع حتى يدفع اليه المشترى جميع الثمن الحال والحكم اعلاه يطبق حتى ولو كان المبيع جملة اشياء بيعت صفقة واحدة سواء ســـــمي الثمن لكل منها او سمي جملة . (٥٧٧ م مدني)

كما لايجوز للمشترى الذى يدفع بعض الثمن المستحق ان يطالب البائـــــع بتسليمه بعض المبيع في مقابل مادفع من الثمن ، بل يكون للبائع حبس جميـــع المبيع الى ان يستوفي الباقي من الثمن الحال .

والعلة في اعطاء حق الحبس للبائع هي رغبه المشرع في التسوية بين المتعاقديـــن فالبيع من عقود المعاوضة ، والتعهد بتسليم المبيع يقابل التعهد بدفع الثمن ،فاذا لـم يقم المشترى بدفع الثمن فيمتنع عليه اجبار البائع على التسليم خاصة وانفي تسليم البائع للمبيع مخاطرة اكبر من المخاطرة التي تحصل نتيجة لدفع المشترى الثمن . اذ المشترى يصبح مالكا للمبيع بمجرد عقد البيع ، بينما البائع لايعـــد سوى دائنا بالثمن .

ولايثبت للبائع حق حبس المبيع اذا كان الثمن مؤجلا وكان تسليم المبيـــــع واجبا قبل حلول الاجل المتفق عليه لدفع الثمن ، الا فيالحالات الاستثنائية التالية:ــ

١ ـ اذا اضعف المشترى التأمينات التي قدمها ضمانا لتنفيذ التزامه بدفـــــع الثمن اذ يسقط الاجل الممنوح له ويصبح الثمن حـالا في هــذه الحالة (٢/٥٧٩ م مدنـــي) .

٢ ـ اذا اعسر المشترى بشكل يوشك معه ان يضيع الثمن على البائع، على ان يكون الاعسار لاحقا لعقد البيع ٠ اما اذا كان سابقا عليه ، فلا يجوز للبائع حبس المبيع لانه يفترض في هذه الحالة انه قد ائتمن المشترى ورضي بتحمل هـــذا الخطر (٢) ٠

وللمشتري ،في الحالتين اعلاه ،تجنب حبس المبيع اذا هو قدم كفيلا بالثمـــن لان الكفالة باعتبارها ضمانا للثمن تمنع من سقوط الاجل فلا يصبح الثمن حالا ٠

٣ ـ اذا مات المشترى مفلسا قبل قبض المبيع ودفع الثمن ٠ لان موت المشتـرى يؤدى الى سقوط الاجل فيصبح الثمن حالا ويعود للبائع حقه في حبس المبيـــع حتى يستوفي الثمن (٥٨٠م مدني) ٠الا اذا كان الثمن مضمونا بتأمينات عينيـــة وفقا لحكم المـادة ٢٩٦ من القانون المدني التي تنص على ان (الدين المؤجـــل لايحل بموت الدائن ويحل بموت المدين الا اذا كـان مضمونا بتأمينات عينيـة) ٠

ان حق البائع في حبس المبيع يسقط بالتنازل عنه ٠ كما لو سلم البائع المبيـع برضاه الى المشترى قبل استيفاء كامل الثمن منه ٠ (١/٥٧٨ م مدني)

اما اذا قبض المشترى المبيع دون اذن البائع وقبل اداء الثمن فللبائع الحـــق في طلب رد حيازته خلال ثلاثين يوما من وقت علمه بخروج المبيع من حيازتـــه وخلال سنة من وقت خروجه من تحت يده والا سقط حقه في استرداد الحيازة (١) (٢/٥٧٨ و ٢/٢٨٤ مدني) ٠

٢ـ فســـخ البيــــع

للبائع ، اذا لم يوف المشترى بالتزامه بدفع الثمن ، المطالبـة بفسخ البيـــع ولكن لايلتزم القضاء بتلبية طلب البائع ولو تحقق اخلال المشترى بالتزامه هـذا بل له سلطة تقديرية بموجبها يكون له رفض او تلبية طلب البائع حسب جسامة الاخلال المنسوب للمشترى ٠

هذا في حالة الفسخ القضائي ،اما في حالة الفسخ الاتفاقي ،أي في حالة وجـود شرط في العقد يقضي باعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه بمجرد اخلال المشترى بالتزام بدفع الثمن ، فيتوجب على القضاء الحكم بالفسخ بمجرد تحققه مـــن اخـــلال المشترى بالتزامه هـــذا ووفقا للمادة ١٧٨ مـــن القانون المدنـــي

والفسخ سواء أكان قضائيا او اتفاقيا يخضع لاحكام القواعد العامة الخاصة بالفسخ والمقررة في باب النظرية العامة للالتزام (١٧٧ و ١٧٨ م مدني) والتي تدرس ضمن مادة الالتزامات . ولهذا نحيل فيما يتعلق به الى شروح الالتزامات.

ويلاحظ ان المشرع قد اورد مادتين في هذا الخصوص في باب البيع وهي المادتين ٥٨٠ و ٥٨١ وحكمهما تكرار لما جاء في المادتين ١٧٧ ، ١٧٨ من القانون المدني .

الفرع الثاني

دفع مصاريف عقد البيع

ان مصاريف العقد تكون على المشتري . الا اذا وجد اتفاق او عرف يقرر خلاف ذلك . فمثلا للطرفين المتعاقدين الاتفاق على ان يتحمل البائع هو هذه المصاريف، او على ان تكون مناصفة بينهما . (٥٨٣ م مدني) .

ويقضي العرف في العراق بأن يتحمل البائع والمشتري اجور الدلال مناصفة . فاذا لم يوجد اتفاق بشأن هذه الاجور فالطرفين يتحملانها مناصفة حسب العرف الجاري لان (المعروف عرفا كالمشروط شرطا) .

ويعترض البعض على الحكم اعلاه بداعي ان نفقات العقد لاتفيد المشتري فقط وانما تفيد البائع ايضا ، لذلك كان من المنطق تحميل المتعاقدين بها مناصفة

وعلى كل اذا دفع المشتري هذه المصاريف فلا يجوز له بعد ذلك الرجوع على البائع بشيء منها . اما اذا دفعها البائع فيكون له حق الرجوع على المشتري بما دفع وله في سبيل الحصول عليه جميع الضمانات المقررة له في الرجوع على المشتري بالثمن ومنها حبس المبيع عن المشتري حتى يسترد ماصرفه (١) وفسخ البيع وفقا للقواعد العامة .

كما يلاحظ ان المادة ٥٨٤ من القانون المدني تنص على ان (الاشياء المبيعة جزافا مؤونتها على المشتري ، فلو بيعت ثمرة كرم جزافا كانت اجرة قطع تلك

---

(١) غني حسون طه ص ٣٥٤.

الثمرة وجزها على المشترى . هذا مالم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك) كما تنص المادة ٥٨٥ على أن (مايباع محمولا تكون اجـــرة نقله وايصاله الى بيت المشترى جارية على حساب الاتفاق او العرف) .

ان حكم المادتين أعلاه مقتبس من المادتين ٢٩٠ و ٢٩١ من المجلة . وكان بامكان المشرع الاستغناء عنها باللجوء الى المادة ٥٨٧ من القانون المدني التي تقرر بـــأن نفقات تسلم المبيع على المشترى ، مالم يوجد عرف أو اتفاق بعكس ذلك .

الفـــــرع الثالـــث

تسلـــم المبيـــــــع

يلزم المشرع المشترى بتسلم المبيع في الزمان والمكان المعينين لذلك .

كما يرتب على المشترى بعض الجزاءات عند اخلال الاخير بالتزامه بالتسليم ، لذلك سنتناول ادناه هذين الامرين .

١ ـ تسلـــم المبيـــــع

يجب ان يتسلم المشترى المبيع في الزمان والمكان المتفق عليهما في العقد او الذى يقضي به العرف . فاذا لم يوجد اتفاق او عرف بهذا الصدد فيجب على المشترى ان يتسلم المبيع فور تسليمه وان ينقله دون ابطاء الا ما يقتضيه النقل من زمـــن (٥٨٦ م مدني) .

ونفقات تسلم المبيع على المشترى الا اذا وجد عرف او اتفاق بخلاف ذلـــك (٥٨٧ م مدني) . وهذا الحكم ماهو الا تطبيق للقاعدة العامة الواردة في المـــادة ٣٩٨ من القانون المدني التي سبقت الاشارة اليها .

ونفقات تسليم المبيع هي المصروفات التي يقتضيها وضع يد المشترى علـــى المبيع وقبضه . فمثلا اذا كان المبيع ثمارا متصلة باشجارها او نباتات لـم تنفصل عن الارض وبيعت على هذه الحالة فان ، المشترى يتحمل نفقات جني الثمـــار او قطع النباتات باعتبارها من نفقات التسلم . وكذلك الحكم بالنسبة لنفقات نقل المبيع الى مكان المشترى اذا كان هذا المكان يختلف عن مكان التسليم .

٢ ـ جزاء الاخلال بالتزام التسلـــــــم

يعتبر المشترى مخلا بالتزامه بتسلم المبيع اذا هو امتنع عن تسلمه في الزمـــان والمكان اللذين يجب وقوع التسلم فيهما · والبائع يكون مخيرا بين التنفيــــذ العيني او الفسخ مع المطالبة بالتعويض ·

فللبائع ان يطلب من القضاء الحكم على المشترى بالتنفيذ العيني ، اى الزامه على تسلم المبيع · وله في سبيل ذلك ان يطلب من المحكمة المختصة الحكم علـــى المشترى بغرامة تهديدية عن ايام التأخير لاجبارة على التسلم · وقد يتم التنفيذ العيني بايداع المبيع في مكان أخر غير مكان البائع على ذمة المشترى اذا كان المبيع منقولا ، او وضعه تحت يد عدل على نفقة المشترى اذا كان المبيع عقارا او منقولا معدا للبقاء حيث وجد ·

كما للبائع ان يبيع المبيع بعد استئذان المحكمة او بدون استئذانها وايداع ثمنه الى صندوق المحكمة اذا كان مما يسرع اليه الفساد او التلف او اذا كان مما يكلف نفقات باهظة في ايداعه

علما بانه يلزم لكل ماتقدم ان يكون المشترى مسبوقا باعذار لتسلم المبيـــــع

وللبائع المطالبة بفسخ البيع بدلا من المطالبة بالتنفيذ العيني ·· والفسخ يخضع للقواعد العامة في هذا الصدد ويجوز للبائع المطالبة بتعويضه عما اصابه مـــــن ضرر نتيجة اخلال المشترى بالتزامه بتسلم المبيع ،سواء أطالب بالتنفيذ العنيـي او بالفسخ (١) ·

---

(١) يراجع : السنهورى ج٤ ص ٤٨١ · العامري ص ١٧١١ ، غني حسون طـــه ص ٣٥٧ و ٣٥٨ ·

الباب الثالث

بعض انـــواع البيـــوع الخاصـــة

نبحث في هذا الباب البيوع التالية :ـ

١ ـ بيع الاولياء والوكلاء وشراؤهم لانفسهم

٢ ـ بيع الحقوق المتنازع فيها

٣ ـ المقايضـــة

٤ ـ بيع ملك الغير

الفصـــل الاول

بيع الاولياء والوكلاء وشراؤهم لانفسهم

الفـــرع الاول

بيـــع الاولياء وشراءهم لانفســـهم

ان احكام الولاية تختلف عن احكام الوكالة في هذا العدد ٠ لذلك نتناول ادناه بيع الاولياء وشراؤهم لانفسهم والتي وردت في المواد من ٥٨٨ الى ٥٩١ من القانون المدنـــي وبموجبها :ـ

١ ـ للاب والجد ان يبيع ماله لولده او ان يشترى مال ولده لنفسه بمثل القيمة او بغبن يسير لا فاحش ٠٠٠ اما اذا كان بغبن فاحش فالتصرف يعتبر باطـــلا بطلانا مطلقا لمخالفته النظام العام (١٢٤ و ١٣٠ و ٥٨٨/١م مدني) ٠

٢ ـ ليس للقاضي او الوصي المنصوب او القيم المقام مَن قبل المحكمة ان يبيع مال نفسه للمحجور او ان يشترى لنفسه مال المحجور مطلقا سواء كان في ذلك خيـــر للمحجور او لا (٥٨٩ و ٥٩١ م مدني) ٠

والعلة في هذا المنع هي تعارض مصلحة القاضي والوصي والقيم مع مصلحـــة المحجور ،وكان الاولى بالمشرع ان يجوز هذا التصرف بشرط استئذان المحكمـــة

وتوافر المصلحة بالنسبة للمحجور وذلك إسوة بالوصي المختار (١) ٠

٣ ـ ليس للوصي المختار من قبل الاب او الجد ان يبيع مال نفسه لليتيم او ان يشتري لنفسه مال اليتيم ، الا اذا كان في التصرف خير لليتيم ، على ان يتم ذلك بأذن من المحكمة (١/٥٩٠ م مدني) ٠

والخيرية تتحقق ببيع المال لليتيم بأقل من ثمن المثل ، وبشراء مال اليتيم باكثر من ثمن المثل (٢/٥٩٠ م مدني) ٠

وتقدير ما اذا كان في التصرف خيرية لمصلحة اليتيم أم لا امر متروك لتقدير المحكمة التي يشترط استئذانها لصحة التصرف ٠

على ان الاحكام اعلاه من القانون المدني قيد بحكم المادة ٤٣ من قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ ٠ والتي تنص على (لايجوز للولي او الوصي او القيم مباشرة التصرفات التالية الا بموافقة مديرية رعاية القاصرين بعد التحقق من مصلحة القاصرين من ذلك :ـ

اولا ـ جميع التصرفات التي من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الاصلية او التبعية او نقله او تغييره او زواله ٠ وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة ٠

ثانيا ـ التصرف في المنقول او الحقوق الشخصية او الاوراق المالية ٠

ثالثا الصلح والتحكيم فيما زاد على مائة دينار لكل قاصر ٠

ثالثا ـ الصلح والتحكيم فيما زاد على مائة دينار لكل قاصر ٠

رابعا ـ حوالة الحقوق وقبولها وحوالة الدين ٠

خامسا ـ ايجار العقارات لاكثر من سنة واحدة وللاراضي الزراعية لاكثر من ثلاث سنوات على ان لاتمتد مدة الايجار في أي الحالتين الى ما بعد بلوغ الصغير سن الرشد ٠

سادسا ـ قبول التبرعات المقترنة بعوض ٠

سابعا ـ التنازل عن التأمينات واضعافها والتنازل عن الحقوق والدعوى وطرق الطعن القانونية في الاحكام ٠

ثامنـــا ـ القسمة الرضائية للاموال التي للقاصر حصة فيهـــا •

تاسعـا ـ الامور الاخرى التي يقرر مجلس رعاية القاصرين وجوب موافقـــة مديرية رعاية القاصرين المختصة عليها بموجب التعليمات التي تصدرهـــا لهذا الغرض) •

الفـــــــرع الثانـــــــي

بيع الوكلاء وشراؤهـم لانفسهـــــم

يمنع المشرع النائب من شراء مايعهد اليه بيعه من قبل من ينيبة في ذلـــــك لانفسهم ولا بأسم مستعار (٥٩٢ م مدني) (١) حتى ولـو بطريـــق المـــزاد العلنـــــي (٢) •

والسبب في ذلك عوان النائب يتحكم فيمصلحتين متعارضتين : الاولى مصلحتة الشخصية باعتباره مشتريا ، والثانية مصلحة الاصيل باعتباره بائعـــــا • وهذا التعارض قد تحول دون تحقيق الحماية اللازمة لمصلحة الاصيل •

والحكم اعلاه يطبق ، سواء اكانت النيابة اتفاقية كالوكيل في بيع مال غيـــره ومن عين مصفيا لشركة او تركة ، او كانت نيابتهم قضائية كالسنديكاو الحارس القضائي ، او كانت النيابة في بيع مال الغير بناء على امر السلطة العامة كالموظف العام الـذى ينوب عن الدولة في بيع اموالها بموجب امر مـــن السلطة الادارية •

وكذلك لايجوز للسماسرة والخبراء شراء الاموال المعهود اليهم في بيعهـــا او في تقدير قيمتها •لان السمسار او الخبير اما أن يكون نائبا عن صاحب المال بان

---

(١) تعتبر محكمة التمييز (شراء ملك موكله لزوجتة شراء لنفسه بصورة غيـــر مباشرة وبأسم مستعار ، ومخالفا لحكم المادة ٥٥٢) القرار ١١٥٩ هيئـــــة موسعة اولى /٩٨١ في ١٩٨٢/٢/٢٧• المشاهدى ،ص ١٧٩ •

(٢) قـــرار محكمـة التمييز ٤٤٨ / استئنافيـة /٨٥ ـ ٨٦ في ١٩٨٧/٥/٢٦ ، المشاهدى ، ص ١٩٧ •

يكون لدية توكيل بالبيع وفي هذه الحالة يمتنع عليه الشراء لنفسه ككل وكيـــل او ان لايكون له توكيل بالبيع فتكون مهمته مادية محضة لا عملا قانونيا ٠فمهمة السمسار تقتصرعلى العثور على شخص يرتضي التعاقد مع صاحب المال ،وتقتصر مهمة الخبير على تقدير قيمة المال تقديرا عادلا ٠ وفي هذه الحالة لايجوز لهمـــا شراء المال الا بموافقة المالك ٠

علما بان مخالفة حكم المادة ٥٩٢ تجعل العقد موقوفا على اجازة المالـــــك فاذا اجازه المالك نفذ في مواجهته اما اذا نقضه وبيع المـــال ثانيـة فــــــان المشترى الاول يلتزم بمصروفات البيع الثاني وتعويض الموكل عما يكون قـــد لحقه مــــن ضرر نتيجـة نقص قيمـــة المبيـــــع ٠

ويعلل بعض الفقهاء جزاء الاخلال بالحكم المانع من الشراء ، باللجوء الـــــى قواعد النيابة التي تقضي بعدم نفاذ تصرف النائب في حق الاصيل الا اذا تـــم في حدود نيابته ٠ وحيث ان شراء النائب لنفسه يعتبر تجاوزا لحدود النيابـــة فـــأن تصرف النائب لاينفذ في حـــق الاصيل الا اذا تـــم في حدود نيابتـه وحيث ان شراء النائب لنفسه يعتبر تجاوزا لحدود النيابة فان تصرف النائـــب لاينفذ في حـــق الاصيل الا اذا اجازه الاخير (١) ٠

(١) راجع : غني حسون طـ ٥ ص ٣٦٧ ٠ هامش (١) والفقه المشار اليـــه ٠

الفصل الثاني

بيع الحقوق المتنازع فيها

تنص الفقرة الثانية من المادة ٥٩٣ من القانون المدني على انه (ويعتبر الحق متنازعا فيه ، اذا كان قد رفعت به دعوى او قام بشانه نزاع جدى) ٠

فالحق يعتبر متنازعا فيه في حالتين هما :ـ

١ ـ اذا رفعت به دعوى امام المحاكم ، على ان ينصب النزاع على اصل الحق او موضوع الحق اى متعلقا بوجوده او بطريقة التخلص منه كانكار الدين كله او بعضه من قبل المدين او ادعاء المدين سقوط الدين بمضى المدة ٠٠ اما العراقيل التي يضعها المدين لتاخير الوفاء بالدين كالدفع بعدم اختصاص المحكمة ، او الدفع بعدم وجود صفة في رفعها ، فانها لاتجعل الحق حقا متنازعا فيه ٠

والحق يعتبر متنازعا فيه حتى ولو صدر فيه حكم مالم يكتسب الصفة النهائية بان استنفذ طرق الطعن او مرت المدة المقررة للطعن في الاحكام (١)

٢ ـ لايشترط لاعتبار الحق متنازعا فيه ان ترفع بشأنه الدعوى امام المحاكم بالفعل ، بل يكفي لاعتباره كذلك ان يقوم بشانه نزاع جدى ولو لم يطرح النزاع على القضاء بعد ٠

وتقدير ما اذا كان هنالك نزاع بشأن الحق امر متروك لمحكمة الموضوع تستخلصه من ظروف كل قضية ووقائعها ولا رقابة لمحكمة التمييز عليها ٠ ولكن محكمة الموضوع تخضع لرقابة محكمة التمييز في تكييفها لوصف النزاع ،اى انها تخضع لهذه الرقابة عند فصلها في كون هذه الوقائع والظروف تؤدى او لاتؤدى الى اعتبار الحق متنازعا فيه، ذلك لان التكييف هذا مسالة قانونية (٢) ٠

---

(١) السنهورى ج٤ ص ١٩٨ ٠ الهلالي وحامد زكي ص ٦١٩ ٠

(٢) العامرى ٠ ص ١٧٨ ٠ غني حسون طه ص ٣٦٩ ٠

ويجب قيام النزاع وقت البيع لاقبله ولا بعده • فالعقد لايعتبر واردا على حق متنازعا فيه اذا كان النزاع قد انحسم بحكم نهائي قبل العقد •

وحكم التشريع العراقي (وكذلك المصرى) يختلف في هذا الصدد عن حكم التشريع الفرنسي ،لان التشريع الاخير يشترط لاعتبار الحق متنازعا فيه أن تكون الخصومة قائمة بشانه امام القضاء بالفعل ،في حين يكتفي المشرع العراقي والمصرى لذلك ان يكون هناك نزاع جدى حول الحق (١٧٠٠ م مدني فرنسي) .

ويجب عند بيان حكم بيع الحقوق المتنازع فيها التطرق الى امرين :ـ الاول هو بيع الحق المتنازع فيه لغير عمال القضاء والثاني منع عمال القضاء والمحامين من شراء الحقوق المتنازع فيها • وهذ ما سنبحثه في الفرعين التاليين.

---

(١) نقلا عن الهلالي وحامد زكي ص ٦٢٠ •

الفـــــــرع الاول

البيع لغير عمال القضـــاء

عند الكلام عن حكم بيع الحقوق المتنازع فيها لغير عمال القضاء يجب التطرق الى الامــور التاليـــــة :ــ

١ ـ حــــق ألاسترداد

٢ ـ أثـــار الاستـــرداد

٣ ـ حالات امتناع الاستـــرداد

المبحـث الاول

حـــــق الاستـــــــرداد

١ ـ العلة في اقرار حـق الاستـــرداد :

تنص الفقرة الاولى من المادة ٥٩٣ من القانون المدني على ان (الحـــق المتنازع فيه اذا نزل عنه صاحبه الى شخص آخر بمقابل ، فللمتنازل ضده ان يتخلص عن المطالبة اذا هو رد الى المشترى الثمن الحقيقي الذى له مع المصروفات وفوائـه الثمن بالسعر القانوني من وقت الدفع (١) .

فالمشرع يسوغ لمن عليه الحق المتنازع فيه (المتنازع ضده) التخلص مـــــن مطالبة المشترى (المتنازل لـه) مقابل رد الثمن الحقيقي والمصروفات والفوائـــد القانونية .

والعلة في اعطاء المدين هذا الحق هي تقليل المنازعات . والضرب على ايـــدي المضاربين والمرابين ومنعهم من مقاضاه المدينين بلا رحمة ولا شفقة (٢) .

---

(١) المتنازل هو مدعي الحق المتنازع فيه ، والمتنازل له هو مشترى هـذا الحـق والمتنازل ضده هو المدعى عليه .

(٢) الهلالي وحامد زكـي ص ٦٢١ .

والواقع ان من يقدم على شراء حق متنزع فيه انما يقدم مضاربا لانه يبرم عقدا احتماليا لايعلم وقت ابرامه ما اذا كان سيؤدي الى كسب او خسارة . ولذلك فهو يشتري الحق بثمن يتناسب مع احتمال الكسب والخسارة وهو اقل من قيمة الحق ذاته . والغالب ان يبذل المشتري في سبيل كسبه كل جهد ونفقة لاقرار الحق امام القضاء ،بل قد يلجأ الى وسائل غير مشروعة لتحقيق هذا الغرض . ولهذا قيل بأن من يشتري حقا متنازعا فيه يكون في الغالب من محترفي الشغب القضائي (١) .

٢ ـ العقود التي يجوز فيها الاسترداد :

اختلف الفقه في هذا الصدد . فرأى يذهب الى عدم ثبوت حق الاسترداد الا اذا كان التصرف بيعا ،بداعي ان الفقرة الاولى من المادة ٥٩٣ تجيز الاسترداد مقابل رد الثمن ، والمقابل لايكون ثمنا الا في البيع (٢) .

ويذهب رأى اخر الى القول بثبوت حق الاسترداد سواء تم التنازل عن طريق البيع او المقايضة او الصلح على بدل لان المشرع يقول «الحق المتنازع فيه اذا نزل صاحبه بمقابل ......» ولو اراد البيع لنص على ذلك صراحة (٣) .

وحسب هذا الرأى اذا حصل التنازل عن طريق المقايضة دفع المدعي عليه الى المتنازل له البدل اذا كان مثليا وقيمته اذا كان قيميا . اما اذا حصل التنازل عن طريق الصلح ، كما لو تنازع شخصان على دين كل يدعيه لنفسه وتنازل احدهما للاخر عن دعواه مقابل مبلغ من النقود ،فيجوز للمدين التخلص من الدين بدفع بدل الصلح للمتنازل له .

ويذهب رأى ثالث . الى ان حق الاسترداد يثبت اذا كان التصرف معاوضة وكان المقابل من النقود او الاشياء المثلية على الاقل حتى يتمكن المسترد من ان يدفع مثلها الى المتنازل له .

---

(١) بصدد هذه الاراء يراجع السنهوري ج٤ ص ٢٠١ هامش (١) . مرقس ص ٥٧٠ هامش (٣) . غني حسون طه ص ٣٧١ ذنون ص ٣٣٣ . الصراف ص ٢٥٧ شنب ص ٢٨٧ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المصرى ـ ج٤ ص ٢٠٤

والراجح عندنا هو ان حق الاسترداد يثبت اذا كان التصرف معاوضة وفيــه معنى المضاربة وقد يكون هذا التصرف بيعا او مقايضة ٠٠ او صلحا في مقابــل بدل نقدى او هبة يعوض اذا كان هذا العوض من الاهمية بحيث يرتفــع الـى مرتبــة المقابــل ٠

٣ ـ الحقـوق التي يثبت فيها الاسترداد :

وحق الاسترداد يثبت في جميع الحقوق المتنازع فيها ، سواء اكــان حقـــا عينيا او حقا شخصيا فاذا كان الحق المتنازع فيه حقا شخصيا كدين في الذمـــة جاز للمدين ان يتخلص من مطالبة المتنازل له باستعمال حـــق الاسترداد فيصبح دائنا ومدينا لـــه وينقضي الدين باتحاد الذمة ٠ امـــا اذا كـان الحـق المتنازع فيه حقا عينيا كحق الملكية ، فان استرداده يكون شراء فيه معنـى الصلـــح بين الطرفيـــن اللذين نشأ النزاع بينهمـــا قبـــل البيـــع ٠

٤ ـ كيفية وقوع طلـــب الاستـــرداد :

يكون طلب الاسترداد بأعلان المتنازل ضده رغبته في الاسترداد ٠ ولايشتـرط شكل خاص لهذا الاعلان ،

ولكن يلاحظ بانه اذا كانت هناك دعوى امام القضاء بالحق المتناز عفيـــه رفعها الدائن وادخـل فيها المشترى خصما او رفعها المشترى ابتداء لمطالبـــة المدين بالحق الذى اشتراه ، فللمدين الاعلان عن رغبته في الاسترداد عـــــن طريق طلب يوجهه الى المشترى في المحكمة بالشكل العادى الذى تبدى فيـــه الطلبات في الدعوى المنظورة امام المحكمة ٠

وطلب الاسترداد امام القضاء يجب ان يكون بصفة اصلية لا احتياطية ٠ ولذلك لايجوز للمتنازل ضده ان يطلب مثلا رفض الدعوى لعدم صحة الدين او لانقضائه وان يطلب بصفة احتياطية الحكم له بالاسترداد ، ذلك لان الطلب الاحتياطـــي لايحسم النزاع كما انه اذا قدم طلب احتياطي بالاسترداد وحكم بثبوت الديـــن اصبح الحق غير متنازع فيه ومن ثـم انتفت الحكمة من الاسترداد ٠

اما اذا كان هنالك نزاع جدى لم ينتقل بعد الى القضاء ، فطلب الاسترداد في هذه الحالة ، يكون بأعلان المدين عن رغبته في ذلك بالطرق العادية · فان لم يوافق المشترى على هذا الطلب كان للمدين اللجؤ الى القضاء للحصول على حكم بحصول الاسترداد وصحته ·

ويمكن استعمال حق الاسترداد الا اذا حسم النزاع ، حيث يمتنع الاسترداد لان الحق يصبح حقا غير متنازع فيه ·

٥ ـ ما يجب على المسترد دفعه :

حسب الفقرة الاولى من المادة ٥٩٣ سالفة الذكر على المسترد ان يرد فعلا الى المشترى الثمن الحقيقي او على الاقل ان يعرضه عليه عرضا حقيقيا مع المصروفات وفوائد الثمن القانونية من وقت البيع ·

ومع ذلك يذهب الشراح الى الاكتفاء بابداء المسترد استعداده لدفع الثمن مع المصاريف والفوائد (١) ·ونرجح الرأى الاول ،لان الغرض من الاسترداد هو حسم النزاع وهذا الغرض لايتحقق الا بدفع الثمن وملحقاته فعلا او بعرضه عرضا حقيقيا (٢) ·

واذا كان الحق المتنازع فيه محل عقود تنازل متعددة ، فالمسترد يلتزم باداء الثمن الحقيقى الذى دفعه المتنازل له الاخير ، لان الاسترداد انما يتم منه (٣) ·

واذا كان المتنازل قد منح اجلا له للوفاء بالثمن ،فللمدين المسترد ان يستفيد من قسمة الاجل المتفق عليه ، لكن للمحكمة أن تلزمه في هذه الحالة بتقديم ضمان كاف يؤمن سداد الدين (٤) ·

(١ـ٢) شنب ص٢٩٢، السنهورى ج٤ ص٢٠٣ مرقس ص٥٧٣ · ذنون ص ٣٦١· غني حسون طه ص٣٧٧

(٣) السنهورى ج ٤ ص ٢٠٣ ·

(٤) انور سلطان ص ٤٢٢ · الصراف ص ٢٥٩ ·

المبحـــــث الثاني

الـــــــار الاستـــــــــرداد

الاسترداد بحسب الرأى الراجح ، لايعتبر شراء جديدا ، بل هو ينطـــــوى على حلول المشترى محل المتنازل لـه بأثـر رجعي · في الصفقة التي عقدهـــا الاخير مع المتنازل (١) ··· وتترتب على ذلك النتائج التاليـــة :ـ

١ ـ العلاقة بين المسترد والمتنازل له : يترتب على حلول المسترد محـــل المتنازل له بأثر رجعي واعتبار الاخير كان لم يكتسب الحق في يوم من الايــــام وهذا يعني ان جميع الحقوق التي رتبها المتنازل له على الحق المتنازع فيـــــه لاتسرى في مواجهة المسترد لورودها على حق مملوك للغير ·

٢ ـ العلاقة بين المتنازل والمتنازل له : تخضع هذه العلاقة للعقد المبـــرم بين المتنازل والمتنازل لـه · فهذا العقد لاينفسخ بسبب استعمال حـــــــق الاسترداد ولذلك يلتزم المتنازل له بدفع الثمن للمتنازل · كما للمتنازل الرجوع علـــى البائع بضمان التعرض الشخصي ، لان المتنازل (البائع) يضمن التعرض الشخصي هنا ، سواء كان تعرضا ماديا او قانونيا · والا كان للمشترى المطالبـة بفسخ البيع مع تعويضه عما لحقه من ضرر بسبب ذلك (٢) ·

ولكن ليس للمتنازل له الرجوع على البائع بضمان تعرض الغير او باستحقاق هذا الغير للمبيع اذا كان المتنازل له عالما بكون الحق حقا متنازعا فيـــــــه وقت البيـــــع (١) ·

٣ ـ العلاقة بين المتنازل والمسترد : لاتنشأ علاقة مباشرة بين المتنازل والمسترد لان الاسترداد لا يعدو ان يكون طريقا لابراء ذمة المدين ·كما ان المسترد لايعتبر خلفا للمتنازل ، لان الحق المتنازع فيه لاينتقل الى المستـــرد من المتنازل بـــل من المتنازل لـــــه ·

ويترتب على ماتقدم انه لايجوز للمتنازل مطالبة المسترد بالثمن الا عـــــن طريق الدعوى غير المباشرة · وفي هذه الحالة يكون معرضا لمزاحمة دائنـــي المتنازل لـه الاخرين (٢) ·

(١ـ٢) السنهورى ج٤ ص٢٠٥ · وعكس ذلك · منصور مصطفى منصور ف ١٢٠

(١) السنهورى ج٤ ص ٢٠٦ · غني حسون طه ص ٣٨٠ ·

المبحث الثالث

حالات امتناع الاسترداد

تنص المادة ٥٩٤ مدني على اربعة حالات يمتنع فيها استرداد الحق المتنازع فيه · ويمكن ان تضاف اليها حالة خامسة استنادا الى المفهوم المخالف لحكم الفقرة الاولى من المادة ٥٩٣ سالفة الذكر · ولذلك فحالات امتناع الاسترداد هي الحالات الخمسة التالية :ـ

١ ـ اذا تم التنازل عن الحق المتنازع فيه للغير بدون عوض · وهذه الحالة تستنتج من المفهوم المخالف للفقرة الاولى من المادة ٥٩٣ والتي تشترط لثبوت الاسترداد التنازل عن الحق بمقابل ·

٢ ـ اذا كان الحق المتنازع فيه داخلا ضمن مجموعة اموال بيعت جزافا بثمن واحد · كما لو باع الوارث حقوقه في التركة بعد موت المورث وكان بينها حق متنازع فيه ·

والسبب في منع الاسترداد في هذه الحالة هو ان الحق المتنازع فيه يفقد ذاتيته ويفنى في العناصر الاخرى فتنعدم فكرة المضاربة لدى المشترى في الحق المتنازع فيه بالذات ·

٣ ـ اذا كان الحق المتنازع فيه شائعا بين ورثة او ملاك اخرين ، وباع احدهم نصيبه للاخر · كما لو ادعى المورث ان له دينا قبل انسان ثم مات عن ولدين وباع احدهم نصيبه في الدين للاخر ·

والسبب في المنع هنا ان البيع في هذه الحالة ليس مبنيا على فكرة المضاربة، بل المقصود هنا هو انهاء حالة الشيوع او على الاقل التقليل من عدد الشركاء، كما ان اجازة حق الاسترداد في هذه الحالة لايحسم النزاع ،لان النزاع سيستمر بالنسبة لنصيب الوارث المشترى (١) ·

---

(١) الهلالي وحامد زكي ص ٦٣٠ · السنهورى ج٤ ص ٢٠٨ ·

٤ ـ اذا نزل المدين عن الحق المتنازع فيه لدائنه وفاء لدين مستحق في ذمتـــــه لان الدائن لايقصد المضاربة وانما يقصد الحصول على حقة · خاصة وان الدائن قد لايجد سبيلا اخر للحصول على دينه ، كما ان المدين قد لايتيسر له الوفـــاء بدينه الا بهذه الكيفيـــة (٢) ·

٥ ـ اذا كان الحق المتنازع فيه متعلقا بعقار وبيع لمن انتقلت اليه ملكية هـــذا العقار كما لو اشترى الدين المتنازع فيه من انتقلت اليه ملكية العقار المرهـــون تأمينا لسداد هذا الدين · لان الغاية من الشراء ليست المضاربة بالحق المتنازع فيه ، وانما هـي تخليص العقار من الرهن ·

---

(٢) الهلالي وحامد زكي ص ٦٣١ ·

الفــــــرع الثانـــــي

منع عمال القضـــاء والمحامين مـــن شــــراء

الحقوق المتنازع فيهـــا

تمنع المادة ٥٩٥ مدني عمال القضاء والمحامين « بشراء الحقوق المتنازع فيها ، اما المادة ٥٩٦ فتمنع المحامي من التعامل فيهـــا .

المبحــث الاول

منع عمال القضاء والمحامين مـــن الشـــراء

لايجوز لعمال القضاء والمحامين شراء الحقوق المتنازع فيها ، والا كـــان العقد باطلا بطلانا مطلقـــا .

ويلزم لبطلان العقد توافر الشروط التاليـــــة :ـ

١ ـ يجب ان يكون الحق متنازعا فيـــه .

٢ ـ ان يكون الراغب في الشراء من الاشخاص الوارد ذكرهم في المادة ٥٩٥ اعلاه لان النص المذكور حكم استثنائي لايجوز القياس عليه ويترتب علـــى ما تقدم ان الحكم مدار البحث لايسرى على الخبراء والمترجمين والفراشيـــن والحراس ورجال الشرطة (١) .

٣ ـ ان يكون النزاع المتعلق بالحق داخلا ضمن اختصاص المحكمة التي يباشـــر راغب الشراء عمله في دائرتها .

وبناء عليه فـان حاكم البداءة لايستطيع شراء الحق المتنازع فيـــه اذا كـان النظر في النزاع المتعلق بهذا الحق من اختصاص محكمته . امـــا حكـــام محكمة التمييز فيمتنع عليهم شراء اى حق متنازع فيه في أى محكمة مـــن المحاكم لان

---

(١) السنهوري ج٤ ص٢٧٠ . ذنون ص٣٤١ . العامري ص١٨٤ . غني حسـون طـه ص ٣٨٥ .

اختصاص محكمة التمييز يمتد الى جميع انحاء الدولـــة (٢) .

ويجب توافر هذا الشرط وقـــت الشراء والا فيعتبر العقد صحيحا فمثلا اذا اشترى حاكم حقا متنازعا فيه يدخل النزاع المتعلق به ضمن اختصاص محكمـــة غير المحكمة التي يعمل فيها ، ثـم نقل بعد الشراء الى المحكمة المختصة بنظـــر النزاع فالعقد يعتبر صحيحا في هذه الحالة (٣) .

ويرى بعض الشراح انه كان الاجدر بالمشرع ان يمنع عمال القضاء مـن شراء الحقوق المتنازع فيها ، سواء كان النظر في النزاع من اختصاص المحكمة التـــي يباشرون اعمالهم فيها ام لا وذلك لابعاد عمال القضاء عن موطن الشبهه واستغلال النفوذ (٤) .

---

(٢) غني حسون طـــه ص ٣٨٦ .
(٣) السنهوري ج٤ ص ٢٧١ .
(٤) العامري ، ص ١٨٤ .

المبحث الثاني

منع المحامي من التعامل في الحقوق

المتنازع فيها

لم يكتف المشرع بمنع المحامي من شراء الحقوق المتنازع فيها ، بل هو حرمه من التعامل مع موكليه في هذه الحقوق اذا كان هو الذى يتولى الدفاع عنها (٥٩٦ م مدني) ٠

فنص المادة ٥٩٦ لايكتفي بمنع المحامي من الشراء ، بل هو يحرمه من جميع اوجه التعامل الاخرى التي يمكن ان يرد على حق متنازع فيه ٠

والسبب في هذا المنع هو منع المحامي من استغلال خبرته ودرايته بالقانون لايهام موكله بضعف مركزه في الدعوى للوصول بذلك الى اتفاق يكون فيه الموكل مغبونا (١) ٠

ويترتب على الحكم اعلاه انه لايجوز لمحام ان يتفق مع موكله بأن يصرف من كيسه الخاص على الدعوى لقاء ان يتقاسم معه الحق الذى سيحصل عليه نتيجة الدعوى ، او ان يتفق مع موكله على ان تكون اتعابه حصة معينة مما يحكم به لموكله ٠كما ليس له شراء الحق المتنازع فيه اذا كان يتولى هو الدفاع ، عنه والا اعتبر التعامل باطلا بطلانا مطلقا ٠

(١) السنهوري ج٤ ص ٢٧٩ ٠ العامري ص١٨٥ ٠ غني حسون طه ص٣٨٩ ٠

الفصـل الثالـث

المقايضـــــة

نتناول المقايضة في فرعين : نخصص اولهما لتعريفها واركانها ، وثانيهمـــا لاحكامهـــــا ٠

الفـــــرع الاول

تعريف المقايضـــة واركانهـــا

١ ـ تعريف المقايضـــة :

المقايضة هي بيع العين بالعين ٠ وقد نصت على ذلك المادة ٥٠٧ مـــــن القانون المدني بقولها (البيع بأعتبار المبيع اما ان يكون بيع العين بالنقد وهـــو البيع المطلق او بيع النقد بالنقد وهو الصرف او بيع العين بالعين وهي المقايضة) ٠ فالفارق الرئيسي بين البيع والمقايضة هو ان المقايضة لاثمن فيها وانما مبادلة مال بمال ، بينما المقابل في البيع هو مال من النقود ٠

ويشترط في البدلين في المقايضة ان تكون من الحقوق المالية ، سواء اكانا من الحقوق العينية كحق الملكية او حق الانتفاع ، او من الحقوق الشخصية كدين في الذمة او حق الاجارة او من الحقوق الذهنية ، اما اذا كان احدهما او كلاهمـــا عملا او امتناعا عن عمل ، فالعقد لايعتبر مقايضة وانما يعتبر عقد غير مسمى ٠

ولكن ما الحكم اذا كان البدلان من النقود ؟

يذهب الفقه في فرنسا ومصر (١) الى اعتبار العقد مقايضة في هـذه الحالـــة لتماثل البدلين فيه ٠ اما التشريع العراقي فيعتبره بيعـــا صرفا (٥٠٧ م مدني) ولكنه لم يضع احكاما خاصة بـــه الا ان الفقـه يذهب الى وجـوب تطبيق احكام المقايضة عليه لان عقد الصرف اقرب الى المقايضة منه الى البيع المطلق (٢) ٠

---

(١) انور سلطان ٤٦٣٩ ٠

(٢) الصراف ص ٢٦٧ ٠

٢ ـ اركـــان المقايضـــــة :

اركان عقد المقايضة هي : الرضا والمحل والسبب ،مع ملاحظة ان المحل فـــي المقايضة هو الشيئان المتقايض فيهما · ويشترط فيهما شروط المبيع ·وقـــد نصت الفقرة الاولى من المادة ٥٩٧ من القانون المدني على ذلك بقولها (١ ــ لكـل من البدلين في بيع المقايضة حكم المبيع فتعتبر فيهما شروطه ·وان وقعت منازعـة في امـر التسليم لزم ان يسلم ويتسلم كل من المتقايضين معا) ·

والمقايضة عقد رضائي الا اذا اشترط القانون فيها شكلا معينا ، كما لـــو كان احـد البدلين او كلاهما عقارا ، حيث يشترط لانعقادهما اتباع الشكليـــة المقررة قانونا (٢/١١٢٦ م مدني) · امـا السبب فيخضع للاحكام العامة المقررة في نظرية السبب ·

الفـــرع الثانـــي

احكــــام المقايضـــــة

احكام المقايضة ، فيما يتعلق بانتقال الملكية ، هي نفس احكام البيع ، أي ان الملكية تنتقل بمجرد انعقاد المقايضة اذا كان كل من البدلين منقولا معينا بالذات، وبالا فراز اذا كان منقولا معينا بالنوع ، وبتسجيل المقايضة في دائـرة التسجيل العقاري اذا كان عقارا ·

والتزامات كل طرف من طرفي المقايضة هي التزامات البائع بالنسبة للبـــدل الذي قايض به والتزامات المشتري بالنسبة للبدل الذي قايض عليـــه (٢/٥٩٧ م مدني) ·

كما يترتب على المقايضة احكام ضمان التعرض والاستحقاق والعيـوب الخفية المقررة في عقد البيع وقد نصت على ذلك المادة ٥٩٨ من القانون المدني بقولها (اذا استحق الشيء الذي سلمه المقايض او رد بعيب ، جاز لهذا المقايض اما ان يسترد الشيء الذي قايض به ،واما ان يطالب بقيمة الشيء الاخر وقـــت الاستحقاق او

بقيمته وقت المقايضة خاليا من العيب ،وله في الحالتين ان يطالب بتعويض اذاكان هناك وجه لذلك) .

على ان احكام البيع التالية لايسرى على المقايضة :ـ

١ ـ **احكام الثمن وشروطــه** : ـ لان المقايضة لاتتضمن مقابـلا نقديــا حتى لو كانت المقايضة بمعدل الا اذا بلغ هذا المعدل من الاهمية بحيث يمكن معها اعتبار العقد بيعا لامقايضة (١) .

٢ ـ **احكام الغبن** : لاتسرى الاحكام الخاصة بدعوى تكملة الثمن بسبب الغبن الفاحش . والسبب في ذلك هو ، ان المشرع راعى في دعوى تكملة الثمن ان القاصر او وصيه قد يضطر الى البيع لضرورة ملجئه وحاجة شديدة الى النقود ولو كـان الثمن بخسا . وهذا السبب لاوجود له فيالمقايضة ، اذ لاثمن لها ولا نقود تستهوى البائع (١) .

الا ان هذه الاحكام تسرى على المقايضة اذا كانت المقايضة بمعدل نقدى وكان المعدل النقدى من الاهمية بحيث يمكن اعتبار العقد بيعا لامقايضة (٢) .

٣ ـ **احكام التسليــم** : في البيع المطلق يجب دفع الثمن قبل تسليم المبيــع الا اذا وجد اتفاق بغير ذلك . اما في المقايضة فيجرى تسليم البدلين في وقـــت واحد ما لم يوجد اتفاق بخلاف ذلك (٥٩٧/م مدني) .

٤ ـ **مصاريف العقـــد** : مصاريف عقد البيع تكون على المشترى مالم يوجد اتفاق بخلافه في حين مصاريف عقد المقايضة يتحملها المتقايضان مناصفة ما لـــم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك (٥٨٣ و ٦٠٠ م مدني) .

٥ ـ **احكام الشفعــة** : تنص المادة (٥) من قانون الشفعة المصرى على عدم جواز الاخذ بالشفعة ممن تملك بغير المبايعة . وهذا يعني عدم سريان احكـــام الشفعة في المقايضة في التشريع المصرى .

---

(١)الصراف ص ٢٦٩ . غني حسون طه ، ص ٣٩٤ .
(١) الهلالي وحامد زكي ص ٦٤٣ .
(٢) الصراف ص ٢٩٦ ، غني حسون)ه ص ٣٩٤ .

وجاء القانون المدني خاليا من نص بهذا الصدد ٠ اما الشراح فهم على خلاف ففريق يذهب الىعدم جواز الاخذ بالشفعة في حالة المقايضة ، لان النصوص الخاصة بالشفعة تشير الى البيع دون المقايضة ، وان الشفعة ثابتة على خلاف القياس فغيرها لايقاس عليها (٢) ٠ويجيز غيرهم الاخذ بالشفعة فيالمقايضة٠ لان المقايضة نوع من انواع البيوع وان الشريعة الاسلامية التي يعتبر مصدرا اساسيا من مصادر التشريع العراقي لاتمييز بين البيع والمقايضة بل تعتبرانهما بيعا (٢) ٠ ونميل الى الرأى الاخير لان الغرض من اقرار حق الشفعة هو دفع الضرر عن الشفيع ، وهذا الضرر يتحقق بيما كان العقد او مقايضة ٠

(١) صلاح الدين الناهي ، التعليقات الوافية على متون القوانين ص ٣٨ ٠
(٢) شاكر ناصر الوسيط ج٢ ص ١٠٤ ٠ حسن ذنون ، الحقوق العينية الاصلية ص ١٦١ ٠

الفصل الرابع

بيع ملك الغير

الفرع الاول

نطاق بيع ملك الغير

لم يورد المشرع العراقي احكاما خاصة ببيع ملك الغير ، وانما هو اكتفى بالاشارة اليه عند الكلام عن العقد الموقوف، وجعله تطبيقا للقواعد العامة

المقررة في الفقه الاسلامي للتصرف الفضولي .

وعلى كل يلزم لاعتبار البيع بيعا لملك الغير ان يكون منصبا على عين معينة بالذات مملوكة لغير البائع وقت ابرام العقد . ويترتب على ذلك ان البيوع التالية لاتعتبر بيعا لملك الغير :ـ

١ ـ **بيع الشيء المعين بالنوع والشيء المستقبل :ـ** لان البيع لاينقل ملكية الشيء المعين بالنوع الا بعد الافراز ،كما ان العقد لاينقل ملكية الشيء المستقبل، بل لابد من وجود هذا الشيء .

وفي الحالتين اعلاه لايمكن القول ان البائع قد باع شيئا غير مملوك الا بعد ان تتعين هذه الاشياء بذاتها بفرزها او بوجودها . اما قبل التعيين فيقتصر التزام البائع على تعيينها اذا كانت موجودة ، او ايجادها اذا كانت غير موجودة .

٢ ـ التعهد عن المالك بأن يبيع الشيء الى شخص اخر لانه ليس ببيع وانما هو تعهد عن الغير . وهذا يلزم المتعهد ولا يلزم المالك فاذا رفض المالك التعهد كان للمتعهد له الرجوع على المتعهد بالتعويض عما اصابه من ضرر بسبب اخلال الاخير بالتزامه .

٣ ـ اذا كانت ملكية البائع معلقة على شرط واقف او فاسخ لان البائع يعتبر بائعا لشيء مملوك له وان كانت ملكيته للشيء معلق على شرط فاسخ او واقف فاذا تحقق الشرط الواقف او تخلف الشرط الفاسخ اصبحت ملكية المشترى

للشيء ملكية باتة . اما اذا لم يتحقق الشرط الواقف او تحقق الشرط الفاسخ اصبح المشترى غير مالك .

٤ ـ **البيع المعلق على شرط اكتساب البائع الملكية :ـ** لان البائع علق التزامه بنقل الملكية بشرط واقف هو تملكه للشيء . فاذا تحقق الشرط واصبح البائع مالكا للمبيع انتقلت الملكية الى المشترى ، واذا تخلف الشرط سقط البيع .

٥ ـ **بيع جزء مفرز من المال الشائع :** اذا باع احد الشركاء جزءا مفرزا من المال الشائع فانه يعتبر بائعا لملك الغير بالنسبة لحصص شركائه في هذا الجزء ولكن اذا قسم المال بين الشركاء ووقع الجزء المفرز المبيع في حصة الشريك البائع اعتبر بائعا لملكه ويصبح البيع باتا ونافذا . اما اذا وقع في نصيب شريك آخر غير البائع اعتبر المتصرف بائعا لملك الغير . ولا يمكن تصور بيع جزء مفرز من العقار الشائع من قبل احد الشركاء في التشريع العراقي . لان احكام قانون التسجيل العقارى تحول دون ابرام مثل هذا العقد ،اذ يجب تسجيله في دائرة التسجيل العقارى وهذه الدائرة تمتنع عن تسجيله لصدوره من احد الشركاء .

الفـــــــرع الثانـــــــي

حكم بيع ملـك الغيـــــــــــــر

كان القانون الروماني والقانون المدني الفرنسي القديم يجيزان بيـع ملـــــك الغير .لان اثر البيع بموجبها كان قاصرا على التزام البائع بتمكين المشترى مــــن حيازة المبيع والانتفاع به انتفاعا هادئا وعلى الوجه الذى بيناه سابقا .

ويعتبر القانون المدني الفرنسي الجديد بيع ملك الغير باطلا (١٥٩٩ م فرنسي) ولكن يلاحظ ان الفقهاء في فرنسا على خلا فـحول ماهية هذا البطلان ففريق يذهب الى ان العقد لايعتبر باطلا بل هو قابل للفسخ لعدم تنفيذ البائع لالتزامه بنقـــل ملكية المبيع الى المشترى . ويذهب أخرون الى بطلان البيع مطلقا لانعدام السبـب او المحل . فسبب التزام المشترى بدفع الثمن هو نقل الملكية اليه وهـــــــــذا غير ممكن بالنسبة للبائع . كما ان محل المبيع مستحيل استحالة مطلقة نظـــرا لعائدية المبيع لغير البائع . ويذهب فريق ثالث الى اعتبار البيع باطلا بطلانـــــا نسبيا بسبب الغلط الذى وقع فيه المشترى في شخص البائع وفي صفة جوهريــــة في المبيـــع في وقت واحـــــــد .

ويذهب القضاء الفرنسي الى أعتبار العقد الوارد على ملك الغير باطلا بطلانا نسبيا لمصلحة المشترى الذى له التمسك به دون البائع او المالك الحقيقي . علـى ان حق المشترى ينقض اذا اقر المالك العقد او صار البائع مالكا للبيع(١) .

ويعتبر المشرع المصرى بيع ملك الغير عقدا قابلا للابطال لمصلحة المشترى الا انه غير نافذ في مواجهة المالك ولو اجازه المشترى مالم يقره المالك نفسه .
كما ان البيع ينقلب صحيحا اذا صار البائع مالكا للمبيع .

---

(١) نقلا عن : غني حسون طه ص ٣٩٩ و ٤٠٠ .

ويعتبر المشرع العراقي بيع ملك الغير عقدا صحيحا ولكنه موقوف على اجازة المالك الحقيقي . ويترتب على ذلك أن للمالك الحقيقي أجازة العقد ونقضه خلال ثلاثة أشهر من تاريخ علمه بصدور العقد من الفضولي . فان لم ينقضه خلال هذه المدة اعتبر سكوته أجازة له . واذا أجاز المالك العقد اعتبر المشترى مالكا للمبيع من يوم الاتفاق الذى تم بينه وبين الفضولي لان الاجازة اللحقة تعتبر بحكم الوكالة السابقة .

اما اذا نقض المالك الحقيقي البيع فانه يعتبر باطلا من يوم الاتفاق ولذلك يجب اعادة المتعاقدين الى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد . ويترتب على ذلك ان للمشتري استرداد مادفعه للفضولي مع مطالبته بالتعويض اذا كان هو حسن النية . كما يجب عليه رد المبيع الى مالكه .

واذا كان المشترى قد تسلم المبيع وهلك بيده ، فان الفضولي يتحمل تبعة الهلاك أذا كان المشترى حسن النية ، أو أذا كان الهلاك بتعد من الفضولي . أما أذا كان المشترى سيء النية فأنه هو يتحمل ذلك ما لم يكن الهلاك حاصلا بتعد من الفضولي .

محتويـــــات

الكتـــــاب الاول

عقـــد البيـــع

الصفحـة

الصفحة

الصفحـــة

الكتاب الثانـــي

(عقــد الايجــار)

تاليـــف

الدكتور / صاحب عبيد الفتـــلاوى

كليــة القانون

عقد الايجار

فصل تمهيدي

((اهمية عقد الايجار وخصائصه))

((لمحة تاريخية))

يعتبر عقد الايجار من أهم العقود المسماة بعد عقد البيع وبه يستطيع الملاك أستغلال أملاكهم واستثمارها ، ويتيح في ذات الوقت لغير الملاك الانتفاع بما لايملكون ،لذلك فهو من الناحية العلمية يعد من اكثر العقود تداولا اذ لايستغني عن مباشرته أحد من الناس الا من يملك كل ما يحتاج اليه ويملك ما يكفيه وهذا هو النادر ٠ (١)

ولم يكن عقد الايجار معروفا في العصور الاولى للانسانية وقت ان كان النظام الاجتماعي يقضي بوجود طبقتين من الناس لاثالث لهما ، طبقة الملاك وهؤلاء كانت لهم الارض والبيوت ، وطبقة العبيد يعملون في الارض ويخدمون في البيوت لحساب اسيادهم فلم يكن هناك حاجة لعقد الايجار ٠ ولكن هذه الحالة الاجتماعية لم تدم ، وما لبث ان تكون بالتدريج طبقة وسطى بين الطبقتين ،من الى طبقة اعلى ، وملاك اضاعوا ما يملكون واضطروا الى عبيد تحرروا فأرتقوا تلمس أسباب العيش من كسب أيديهم ، فهبطوا الى طبقة ادنى ، وتقابل الفريقان فكان منهم ومن نسلهم تلك الطبقة الوسطى ، وهذه كانت تعمل في أرض الملاك وتسكن بيوتهم ، ولذلك نشات الحاجة الى عقد الايجار ، لتحديد العلاقة القانونية بين الطبقتين ،ومال الملاك من جهة اخرى الى استغلال أملاكهم بطريقة الايجار ،بعد ان تحرر عدد كبير من العبيد ، فلم يعودوا يستطيعون استغلال الارض بواسطة العبيد ،وأخذت الطبقة العاملة تستغل الاموال وتقسم الغلة مع اصحاب هذه الاموال وتدفع لها نصيبها في شكل أجرة بموجب عقد ايجار ،وسكنت طبقة الملاك الى هذه الحالة فاخذت في تشييد المنازل لايجارها لمن لاقبل له بأمتلاك

---

(١) كاظم الشيخ جاسم ــ احكام ايجار العقار وفقا للقوانين الخاصة ــ مطبعة أهل البيت ــ كربلاء ١٩٦٧ ــ ص ٧٧٠

المسكن الذى يأوى اليه ، وعاد ذلك بالفائدة على الفريقين ، ففريق المؤجرين يستغلون أموالهم على خير وجه ، وفريق المستأجرين ينتفعون بالشيء الذى لايستطيعون امتلاكه (١) ·

والايجار في الشريعة الاسلامية ثابت بالكتاب والسنة والاجماع وهو عقد يفيد تمليك المنافع بعوض ويعرفونه بأنه عقد على منفعة مباحة معلومة تأخذ شيئا فشيئا مدة معلومة عن عين معلومة او موصوفة في الذمة او عمل معلوم بعوض معلوم · ويأتي اقرار الشريعة الاسلامية بنظام الايجار دفعا للحرج والمشقة من العباد وقد وردت أحكام الايجار في المواد (٤٠٤-٦١١) من مجلة الاحكام العدلية والمواد (٤٧٠ - ٦٣٣) من مرشد الحيران (٢) ·

وقد عني القانون المدني العراقي بعقد الايجار فخصص له الفصل الاول من الباب الثاني (المواد من ٧٢٢ - ٨٤٦) ولكن قانون ايجار العقار النافذ رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل مع العديد من قرارت مجلس قيادة الثورة الصادرة بعد نفاذ هذا القانون قد قيدت الكثير من أحكام القانون المدني كما سنرى ·

---

(١) د· عبد الرزاق احمد السنهورى - شرح القانون المدني في العقود - عقد الايجار - دار الفكر للطباعة والنشر - بلا سنة ، طبع - ص ٣-٤ ·

(٢) اشار القرآن الكريم في بعض الايات الى موضوع الايجار من ذلك مثلا :- الاية ٢٥ ، ٢٦ من سورة القصص والاية ٧٧ من سورة الكهف ·

انظر في ذلك استاذنا د· سعدون العامرى - الوجيز في شرح العقود المسماة - عقد الايجار -ط٣ مطبعة العاني - بغداد ١٩٧٤ - ص ١٩٩ · د· زكية عبد الفتاح ، د· جعفر الفضلي - الجوانب الاجتماعية والقانونية للعلاقات الايجارية في ضوء قانون العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ · وزارة العدل مركز البحوث القانونية - بغداد ، ١٩٨٤ - ص١ ·

ثانيـــا ـ اهمية عقـــد الايجـــار

لنظام الايجار اهمية بالغة ، فهو من الناحية الاجتماعية يعد الوسيلة التي تتمكـن بها الطبقة المتوسطة او الطبقات الضعيفة اقتصاديا في المجتمع من الحصول على مسكن يأويها دون ان تضطر الى دفع تكاليف انشاء هذا المـأوى . وهو النظـام الذى يمكن طبقة المزارعين البسطاء من استغلال الارض والعيش علـى فائضـ ثمارها . كما يعد الايجار وسيلة يتمكن بها افراد المجتمع من الانتفاع ببعضـ المنقولات التي لايستطيعون شرائها او حيازتها .

ان عقد الايجار هو اكثر العقود شيوعا بين الاشخاص فقلما نجد شخصا فـي المجتمع لايكون مؤجرا أو مستأجرا سواء بشكل مباشر او غير مباشر. لذلك فان الهيكل الاجتماعي لاى مجتمع يشتمل على طائفتين ،المؤجرين والمستأجريـن ، وكلا من الطائفتين تدخل في علاقة قانونية مع الطائفة الاخرى بشكل دائم يجعـل الاتصال بينهما مستمرا مما قد يثير بعض المنازعات . لذلك يعد عقد الايجـار هو الدستور المنظم لهذه العلاقات . كما يعد التنظيم القانوني الذى يضعه المشرع لهذا العقد من الاهمية بمكان ، حيث يجب ان يهدف هذا التنظيم الى اقامـة هـذه العلاقـات علـى شيء مـن التوازن والتعاون والعـدل بتحقيق المنفعـة المشتركة لكل من الطائفتيـن .

وتبرز أهمية عقد الايجار ايضا في تأثيره على توزيع الدخل بين افراد المجتمع، حيث لـم يترك أطراف العلاقة الايجارية احرارا في الاتفاق على ما يشائـون من الاجرة وانما يعمد في غالبية الدول بفعل التيارات الاجتماعية والاقتصادية الـى تحديد الاجرة (١) .

ومما تجدر الاشارة الية هنا ضرورة ان يتحقق التضامن بين المؤجـر والمستأجر من الناحية الاجماعية ، كما يجب من الوجهة الاقتصادية ان يعطي لكل من رأسـ المال (ويمثله المؤجر) والعمل (ويمثله المستاجر) نصيبه العادل . وهذا يعنـي ان اهتمام المشرع يجب ان لاينحصر في حماية المستاجر باعتباره الطرف الضعيف

---

(١) د. رمضان ابو السعود ـ دروس في العقود المسماة ـ عقد الايجـار فـي القانون المصرى واللبناني .الدار الجامعية ١٩٨٦ ـ ص١ وما بعدها .

في هذه العلاقة وانما يجب ان يتعدى ذلك الى رعاية مصالح المؤجرين ، وبعكس ذلك سيؤدى عدم وجود هذه الرعاية الى احجام الملاك عن استثمار اموالهم مع ما يترتب على هذا الامر من تغير لخطط الدولة الهادفة دائما نحو حل جذري لازمة السكن يساهم فيه القطاع الخاص بشكل فعال (١) ٠

ثالثا ـ تعريف عقد الايجار

تنص المادة (٧٢٢) من القانون المدني العراقي على ان ((الايجار تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة وبه يلتزم المؤجر ان يمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور ٠)) (٢) ٠

ويتبين من هذا التعريف ان في عقد الايجار نكون بصدد طرفين مؤجر ومستأجر ،يلتزم الاول بجعل الاخر منتفعا بشيء معين لمدة معلومة في مقابل ثمن معلوم لهذه المنفعة يسمى بالاجرة ٠ ويستفاد من هذا التعريف أيضا بان عناصر الايجار هي التمكين من الانتفاع والاجرة والمدة ٠

لقد تأثر المشرع العراقي كما يبدو ـ في تعريفه لعقد الايجار بفقه الشريعة الاسلامية وبالتعاريف العديدة التي وردت في هذا الفقه النر والتي تشير الى أن المؤجر لايلتزم بجعل المستأجر ينتفع بالعين المؤجرة بل هو يلتزم بتمليك

(١) د٠ السنهوري ـ المصدر السابق ـ ص٦ ، د٠ كمال قاسم ثروت ـ عقد الايجار ـ ط٢ ـ مطبعة أوفسيت الوسام ـ بغداد ١٩٧٦ ـ ص ١٠

(٢) يعرف القانون المدني المصرى عقد الايجار في المادة (٥٥٨) منه بأنه ((عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه ان يمكن المستاجر من الانتفاع بشيء معين من مدة معينة لقاءأجر معلوم)) ٠كما يعرفه قانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة ٥٣٣ منه بقوله : ((ايجار الاشياء عقد يلتزم به المرء ان يولي شخصا أخر حق الانتفاع بشيء ثابت أو منقول او بحق ما لمدة معينة مقابل بدل يلتزم هذا الشخص اداءه اليه) ٠

المنفعة للمستأجر وتركه ينتفع بالعين الا انه مع ذلك خالف هذا الفقه فيما يتعلق بطبيعة الالتزام الملقى على عاتق المؤجر حيث جعل هذا الالتزام ايجابيا من خلال ضرورة تمكين المؤجر للمستأجر الانتفاع بالمأجور ٠ لذلك يذهب بعض الاساتذة (١) الى ان التقنين العراقي حاول ان يؤلف بين الفكرتين المتعارضتين ـ الفكرة السلبية والفكرة الايجابية ـ فجمع بينهما في تعريفه للايجار في المادة (٧٢٢) ،اذ ان العبارة الاولى مأخوذة من فقه الشريعة الاسلامية وتوحي بأعتماد المذهب السلبي في تصوير التزامات المؤجر ،وكان من نتائجها ما قضت به المادة (٧٤٢) من ان على المؤجر بعد قبضه الاجر المسمى المشروط تعجيله ان يسلم المأجور للمستأجر بالحالة التي هو عليها وقت العقد ،أما العبارة الثانية من المادة (٧٢٢) فتوحي بالاخذ بالمذهب الايجابي في تصوير التزامات المؤجر ، وكان من نتائجها ما قضت به المادة (٧٥٠) من الزام المؤجر بصيانة العين المؤجرة ، بحيث اذا امتنع عن ذلك كان للمستأجر ان يفسخ الاجارة او ان يقوم بالترميم بأذن من المحكمة ويرجع على المؤجر بما صرف بالقدر المعروف ٠ ولكن يمكن القول ان هذا المزج تغلب عليه في جملته الصفة الايجابية)) ٠

ولا شك بأن هذا الوضع التوفيقي للمشرع العراقي في تعريفه لعقد الايجار قد اوقعه في شيء من التناقض كان سببا لكثير من الانتقادات التي وجهت اليه كما سنرى ٠

---

(١) حيث عرفت المادة (٥٧٧) من مرشد الحيران الايجار بانه ((تمليك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من العين المؤجرة في الشرع ونظر العقلاء بعوض يصلح أجره)) كما عرفته المادة (٤٥٠) من مجلة الاحكام العدلية بأنه ((بيع المنفعة المعلومة في مقابل عوض معلوم)) ٠وهناك تعاريف أخرى لعقد الايجار في فقه الشريعة الاسلامية ٠ للمزيد من التفاصيل عنها : ـ أنظر د٠ السنهوري ـ المصدر السابق ص١٦ وما ورد فيها من هوامش ٠ ص١٧ ٠

(٢) د٠ سليمان مرقس ـ المطول في شرح عقد الايجار ـ ١٩٥٤ ـ ص ٢١ ٠

رابعا ـ خصائص عقـد الايجـــــــار

يمكن ان نستخلص من التعريف المذكور لعقد الايجار عدة خصائـــــص نوجزها كما يلـــي :ـ

١ ـ الايجار عقد رضائي لايشترط لانعقاده شكل خاص ، فهـو ينعقد بمجــــرد وتوافق ارادة الطرفين المتعاقدين ايا كانت الوسيلة التي اختارها للتعبيـــر عن ارادتهما فينيعقد الايجار بالكتابة والمشافهة او الاشارة الدالة/ الا أنهذه القاعدة لاتعد من النظام العام ، ولذلك فليس هناك ما يمنع المتعاقدين مـن الاتفاق على اشتراط الكتابة ركنا للانعقاد أو من أجل اثبات العقد ٠

ومع ان الاصل في عقد الايجار انه عقد رضائي الا ان قانون ايجـار العقـار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل أوجب كما نعتقد ابرام عقود الايجار كتابـة (بالنسبة للعقارات الخاضعة لاحكامه) ٠ونستطيع استنتاج ذلك مـــن خلال بعض النصوص كنص الفقرة الرابعة من المادة السابعة التي تلـــزم المؤجر أيداع نسخة من عقد الايجار لدى دائرة ضريبة العقار التي يقـــع المأجور في منطقتها خلال مدة لاتتجاوز الثلاثين يوما من تاريخ أبرامه ،وبعكس ذلك سيتعرض المؤجر للعقوبة التي قررتها الفقرة الثانية من المادة الثالثـة والعشرين من هـذا القانون التي تتراوح بين الحبس مدة لاتقل عن ثلاثـة اشهر ولا تزيد على سنتين وبغرامة لاتقل عن مائتي دينار ولا تزيد على ألف دينار أو بأحدى هاتين العقوبتين ٠ ولا شك بأن مثل هذا النص وغيره مـن النصوص لايجعل من عقد الايجار عقدا شكليا وانما الغرض منه فرضـــ نوع من الرقابة من قبل الجهات المختصة والتأكد من مدى مراعاة المتعاقدين لاحكام قانون ايجار العقار ومـــدى الالتزام بالنسب المقررة قانونـا لبدلات الايجـــــار ٠

٢ ـ الايجار عقد ملزم للجانبين او من العقود التبادلية ، حيث يولد التزامـــات متقابلة تقع على عاتق كل مـن أطرافه ٠فالمؤجر يلتزم بتسليم المأجور وتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة وأجراء الاصلاحات الضرورية في العيـن المؤجرة ٠ ويلتزم المستأجر بالوفاء بالاجرة وبأجرة الترميمات التأجيريـــة

وعدم استعمال المأجور خلافا للاغراض المبينة في عقد الايجار بما يترتب على ذلك اساءة لسمعة المؤجر أو الحاق الضرر بالمأجور (١) ·وغير ذلك من الالتزامات التي سنراها لاحقا ·

وترتبط التزامات الطرفين ارتباطا وثيقا بحيث لو ابطل التزام احدهما أو انقضى بطل الالتزام المقابل وانقضى · وطالما كان عقد الايجار من العقود الملزمة للجانبين فانه يخضع لقواعد الفسخ اذااخل أحد اطرافه بالتزام من التزاماته·

٣ - عقد الايجار من عقود المعاوضة ، وذلك لان كلا من طرفيه يأخذ مقابلا لما يعطي / وهذه من الصفات التي يشترك فيها الايجار مع عقد البيع ·فالمؤجر يأخذ الاجرة مقابلا للمنفعة التي يستوفيها المستاجر من المأجور والعكس صحيح وعلى ذلك يختلف عقد الايجار عن العارية التي يترك المعير بمقتضاها منفعة الشيء للمستعير بلا عوض (٢) ·

٤ - الايجار عقد يرد على المنفعة ،لان الغرض منه هو تمكين المستاجر من الانتفاع بشيء لمدة معينة يعود بعدها الى المؤجر / فهو لا يخول المستاجر اى حق على الشيء نفسه يمكنه من التصرف فيه ، وهذا ما يميز عقد الايجار عن البيع الذى يقصد منه نقل ملكية المبيع الى المشترى ،بحيث يكون له فضلا عن استعماله واستغلاله / ان يتصرف فيه بجميع انواع التصرفات القانونية والمادية · ولما كان الايجار يرد على المنفعة ، فانه لايكون الا على الاشياء التي تقبل الاستعمال المتكرر · فلا يرد على تلك التي تستهلك من اول استعمالها لها (٣) ·

---

(١) م ١٧/فق هـ من قانون ايجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل ·

(٢) المادة (٨٤٧) مدني عراقي ، المادة (٦٣٥) مدني مصرى ·

العربية ـ ١٩٦٧ ـ ص ٢٠ ·

(٣) د: محمد لبيب شنب ـ الوجيز في شرح أحكام الايجار ـ دار النهضة

د· توفيق حسن فرج ـ عقد الايجار ـ الدار الجامعية ـ بيروت ١٩٨٤ ـ ص ١٤ ·

٥ ـ الايجار من عقود المدة او العقود الزمنية فالزمن عنصر جوهري فيه. وهو بذلك يختلف عن العقود الفورية التنفيذ التي لايلعب فيها الزمن دورا جوهريا (١) . وعلى هذا الاساس يرتبط تنفيذ عقد الايجار بمدة معينة، فمنفعة الشيء المؤجر لاتمنح للمستاجر الا الى أجل معين وذلك على خلاف عقد البيع الذي تنتقل فيه ملكية الشيء نهائيا الى المشتري . وطالما كان عقد الايجار من عقود المدة فانه لايمكن الحصول على المنفعة كلها فور انعقاد العقد وانما يلزم الزمن ليتم الحصول عليها ، ولذلك اذا فسخ عقد الايجار او ابطل فانه لايمكن انكار الاثار التي ترتبت على العقد قبل الفسخ او الابطال فهي آثار قد تحققت وانتهت .

وطالما كان عقد الايجار يرتبط بمدة معينة فهو لذلك عقد مؤقت لا يمكن فيه ان تكون منفعة العين المؤجرة قد منحت للمستاجر بدون تحديد مدة . (٢)

٦ ـ عقد الايجار يعد من اعمال الادارة الا من عقود التصرف كالبيع . لانه يعتبر وسيلة لاستغلال الشيء والحصول على ثماره وهو يولد التزامات وحقوقا شخصية ، وهذا هو الاصل . ولذلك لايشترط في المؤجر لكي يكون له الحق في أبرام عقد الايجار ان تكون له أهلية التصرف وانما يكفي هنا ان يتمتع بأهلية الادارة فقط .

ويلاحظ ان عقد الايجار اذا كان واردا على العقارات الخاضعة لاحكام قانون ايجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل فانه يمتد امتدادا قانونيا بغير حد أقصى لهذا الامتداد (٣) . والسؤال الذي يطرح هنا هو :ـ هل يعد عقد الايجار في ظل هذا الامتداد عملا من اعمال الادارة ، أم ان عدم تحديد المدة يجعل هذا العقد داخلا ضمن اعمال التصرف ؟

---

(١) د. سمير عبد السيد تناغو ـ عقد الايجار ـ ط ٢ ـ منشأة المعارف بالاسكندرية ١٩٧٠ ـ ص ٥ .

(٢) د. رمضان ابو السعود ـ المصدر السابق ـ ص ٣٠ .

(٣) تنص المادة الثالثة من قانون ايجار العقار على ما يلي ((يمتد عقد الايجار بحكم القانون بعد انتهاء مدته ما دام المستأجر شاغلا العقار ومستمرا على دفع الاجرة طبقا لاحكام هذا القانون))

ان القاء نظرة فاحصة على احكام قانون ايجار العقار وبشكل خاص المادة الثالثة منه يتبين لنا ان المستأجر اذا ظل منفذا لالتزاماته المقررة في القانون ، فان المؤجر لايستطيع اخراجه من العين المؤجرة الا اذا توفر سبب من اسباب التخلية التي سندرسها تفصيلا فيما بعد . وهذا يعني ان للمستأجر الحق في البقاء في المأجور بعد انتهاء عقد الايجار لمدة غير محددة ولم يعد للمالك تبعا لذلك كامل الحرية في الانتفاع بملكه والتصرف فيه بالتأجير لمن يشاء وبالاجرة التي يراها . ان هذا الاقتطاع من سلطات المالك على ملكه قد حدث لمصلحة المستأجر حيث اكتسب الاخير سلطات على ملك غيره لم يكن من شأن الحق الشخصي في الأصل ان يولدها . ولم يعد للمالك في حقيقة الامر سوى الحق في تحصيل الاجرة وكأنه قد أصبح من ذوي الرواتب الثابته كل شهر .

أما المستأجر فقد أصبح انتفاعه بالعين المؤجرة شبه دائم . ولهذا يبدو ان للمستأجر طبقا لقوانين أيجار العقار ان يتمتع ببعض مزايا الحق العيني .

ولهذه الاسباب ذهب بعض الاساتذة المعنيين بشرح احكام قوانين الايجار (الخاصة) الى ان تأجير العقارات الخاضعة لهذه الاحكام يعتبر من قبيل اعمال التصرف ولذلك لاتثبت أهلية التاجير الا لمن كانت له أهلية التصرف في خصوص هذه العقود (١) .

خامسا ـ تمييز عقد الايجار عن غيره من العقود

يختلف الايجار عن غيره من العقود . فاذا كان الايجار من العقود التي ترد على المنفعة ، فانه يختلف عن البيع الذى يرد على الملكية حيث تنتقل فيه الملكية الى المشترى ،كما يختلف عن العقود التي ترد على عمل الانسان كعقد العمل وعقد المقاولة . وهو يختلف عن العقود التي لايوجد فيها مقابل كالعارية ، ويختلف أيضا عن الوديعة لان المودع عنده لاينتفع بالشيء كالمستأجر .ولما كان المستأجر يلتزم برد الشيء ذاته في نهاية الايجار فانه بذلك يختلف عن القرض اذ لا يرد المقترض الشيء ذاته ، بل مثله .

---

(١) لمزيد من التفاصيل راجع مؤلف د. رمضان ابو السعود ـ المصدر السابق ـ ص٣١ وما بعدها .

ومع وضوح خصائص عقد الايجار فقد تدق التفرقة بينه وبين بعض العقـــود الاخرى لدرجة يصعب معها تحديد طبيعة العقد ووصفه ٠ وفي هـذه الحالـــــة تثور مشكلة معرفة ما هو العقد الذى نواجه ٠

وقد يكون من المفيد اولا الرجوع الى الوصف الذى اعطاه الطرفان للعقد حيث يجب أن يعرفا قبل غيرهما ما ارادا عمله ٠ ومع ذلك ينبغي الحذر وعدم الاخـذ بهذا الوصف كأمر مسلم به ،ذلك انهما قد يخطئان في الوصف وقد يخفيان ـ عن قصد ـ حقيقة العقد ٠ ولهذا يجب الاعتداد بالوصف الفعلي ٠ وتخضع المحكمةفي تكييفها للعقد الذى يعرض عليها لرقابة محكمة التمييز (١) ٠

ونعرض فيما يلي للتمييز بين الايجار والوديعة والعارية وعقد العمل وحـــق المنتفع ٠ أما التفرقة بين الايجار من جهة والبيع والمقاولة من جهة أخرى فسـوف لانخوض فيها نظرا لان هذا المؤلف يتطرق لشرح عقود البيع والايجار والمقاولـة بشكل يمكن الطالب من التمييز بينهما الى حد بعيد ٠ ومن الجدير بالذكر ان بعض الاساتذة المعنيين بهـذا الموضوع ذهبوا الى تمييز عقد الايجار عن أمور أخــــرى غير ما تقدم ، من ذلك مثلا تمييز عقد الايجار عن الشركة ، الوكالة ، حوالـــة الحق بمقابل ،حق الارتفاق (٢) ٠

١ ـ الايجار والوديعة :ـ

الايداع ،عقد به يحيل المالك او من يقوم مقامه حفظ ماله الى اخر ولا يتـــم الا بالقبض (٣) ٠ وبذلك يختلف الايجار عن الوديعة ، لان الامر الاساس فيعقد الايجار هو الانتفاع بالشي بينما يكون هذا الامر في عقد الوديعة هو حفظ الشيء المودع ٠ ولهذا لايدفع الوديع أجرا ، بل من الجائز ان يتفق مع المودع ان يتقاضى هو الاجر عن حفظه للوديعة ٠ ويلتزم الوديع برد الوديعة الى المودع بمجرد طلبه

---

(١) د٠ توفيق حسن فرج ـ المصدر السابق ـ ص ١٧ ٠

(٢) لمزيد من التفاصيل راجع د٠ رمضان ابو السعود ـ المصدر السابق ـص ٦٢٠
د٠ سمير عبد السيد تناغو ـ المصدر السابق ـ ص ١٦ ٠
د٠ السنهورى ـ عقد الايجار ـ المصدر السابق ـ ص٣٤ ، ٤٠ ٠

(٣) م ٩٥١ مدني عراقي وانظر أيضا م ٧١٨ مدني مصرى ،م ٦٩٠ موجبـــات وعقود لبناني ٠

الا اذا ظهر مـن العقد ان الاجل عين لمصلحة الوديع . وللوديع ان يلـزم المـودع بتسلم الشيء وفي اي وقت الا اذا ظهر من العقد ان الاجل قـد عين لمصلحـة المودع (١) اما المستاجر فالاصل انه لايلتزم برد العين المؤجرة الا بعد انقضـاء عقد الايجـار (٢) .

وعلى الرغم مـن هـذه الاختلافات الاساسية بين العقدين فـان مـن المتصور ان يختلطا مع بعضهما في بعض الصور :ـ فالعقد الذى تسمح بمقتضاه ادارة أحد المعارض لاحد الاشخاص بوضع أشياء تخصه للعرض على الجمهور في مقابل مبلغ معين هل يعتبر أيجارا ام وديعة لهذه المعروضات ؟

قضت المحاكم الفرنسية في بعض احكامها باعتبار العقد وديعة ، وفي احكام اخـرى باعتباره ايجارا ،وفي احكام غيرها باعتباره عقدا غير مسمى . والامر يتوقف في الواقع على ماذا كانت ادارة المعرض تلتزم بحفظ الاشياء المعروضة ام انها تترك المكان لصاحب المعروضات يحرسها بنفسه (٣) . والعقد الاخر الذى أثار اكثـر من غيره جدلا في الفقه والقضاء هو العقـد المتعلق بالخزائن الحديدية في المصارف التي شاع استعمالها الى الان . وكان الراى السائد في الفقه والقضاء يذهب الـى اعتبار هذا العقد ايجارا للخزانه (٤) .وهناك راى اخر يذهب الى اعتبار هـذا العقد وديعة على اساس ان التزام المصرف بالمحافظة على الخزانه التزام جوهرى ولو كان المصرف مؤجرا للخزانه لكان التزامه بالمحافظة عليها التزاما ثانويـا ، في حين ان العميل انما تعاقد مع المصرف للحصول على هذا الالتزام (٥) .

ويلاحظ استاذنا د. سعدون العامرى بحق ان هذا العقد ليس عقد وديعـة عادية وانما هو من عقود الحفظ المهنية حيث تيخذ الشخص الوديعة المأجورة حرفه

---

(١) انظر م٩٦٩ مدني عراقي ،م ٧٢٢ مدني مصرى،م ٧١١ موجبات وعقود لبناني
(٢) د. سعدون العامرى ــ المصدر السابق ــ ص ٢٠٤ .
(٣) د. سمير عبد السيد تناغو ــ المصدر السابق ــ ص١٢ .
(٤) د. السنهورى ــ المصدر السابق ــ ص٣٦ ،د. عباس الصراف ــ شرح عقدى البيع والايجار ــ مطبعـة الاهالـي ــ بغداد ــ ١٩٥٦ ــ ص ٢٩٥ مرقس ــ شرح عقد الايجار ــ ص٢٤ .
(٥) السنهورى في رأيه الاخر المشار اليه فيمؤلفه الوسيط ،ج٦، فق ١٠ ــص١٧.

له كصاحب المرأب (الكراج) بالنسبة الى السيارات التي تودع عنده ، والمصرف بالنسبة الى الخزانه كما لاحظنا ٠(١)

ويبدو ان جانبا من الفقه المصرى (٢) حاول الجمع بين الاتجاهين فذهب الى اعتبار هذا العقد مركبا من الايجار والوديعة ، حيث يجب ان تطبق عليه احكام الايجار فيما يتعلق بالانتفاع بالخزانه ومدة العقد والاجرة ، واحكام الوديعة فيما يتعلق بحفظ الخزانه وحراستها ، فاذا تعارضت احكام هذين العقدين وجب تغليب احكام الوديعة لان الغرض الاساسيْ من العقد هو الحفظ ،في حين لم يكن ايجار الخزانه الا وسيلة لتحقيق ذلك الغرض ٠ بينما اتجه رأى اخر صوب اعتبار هذا العقد غير مسمى تطبق بشأنه احكام العقد القريب اليه ٠وهو هنا عقد الايجار ٠(٣)

وقد حسم القانون اللبناني الخلاف حول هذا الموضوع واخذ بما اتجه اليه الرأى من قبل في ظل القانون الفرنسي ، معتبرا ان قواعد الايجار هي التي تطبق وان كان يراعى انه نص كذلك على التزام المصرف بسلامة الخزانه وحفظها ٠فقد نصت المادة (٣٠٩) من قانون التجارة اللبناني على ان ((الودائع التي توضع في الصناديق الحديدية عن سلامة الصناديق المأجورة ٠)) ٠ (٤) ٠

---

(١) د٠ سعدون العامرى ـ المصدر السابق ـ ص ٢٠٥ ٠
(٢) د٠ محمد لبيب شنب ـ المصدر السابق ـ ص ٢٠٤
جلال العدوى ـ عقد الايجار ـ بيروت ـ ص ٢٣ هامش (٢) وكلفك بند ١٠٠ ص١١٩ ٠واتفق مع هذا الرأى د٠ توفيق حسن فرج ـ المصدر السابق ـص ص٢٣ ٠
(٣) د٠ رمضان ابو السعود ـ المصدر السابق ـص ٦٠ ٠
(٤) د٠ توفيق حسن فرج ـ المصدر السابق ـ ص٢٣ ٠

٢ ـ الايجار والعاريـــــــة

((الاعارة ، عقد به يسلم شخص لاخر شيئا غير قابل للاستهلاك يستعمله بـــلا عوض على ان يرده بعد الاستعمال ولا تتم الاعارة الا بالقبض)) ·والذى يميـــز العارية كما هو واضح من هذا النص انها مجانية اى من عقود التبرع ،فـــأذا انتفى عنها هذا الوصف وأشترط مقابل للانتفاع فقدت وصفها باعتبارها عاريـة، وسرت عليها احكام الايجار ، وتختلف العارية عن عقد الايجار في ان العقد الاخير عقد رضائي ،في حين ان العارية تعتبر من العقود العينية التي لايكفي التراضـي لانعقادها بل لابد من القبض لتمامها · ومع ذلك فان كلا من ،الايجار والعاريـــة يشتركان في ان الغرض منهما هو تمكين المستأجر او المستعير مـن الانتفـــاع بالشيء المؤجر او المعار ·

وعلى الرغم من وجود هذه الفروق البينة بين الايجار والعارية الا ان اللبـس قـد يحصل بينهما في بعض الحالات التي كانت مدارا للنقاش والاختلاف بيـــن اساتذة القانون ·

من ذلك مثلا حالة ما اذا باع شخص منزلا واستبقى لنفسه حق السكن فيهـــا مدة معينة بعد البيع او اذا باع شخص لاخر ارضا استبقى لنفسه فيها حق الصيد مثلا · فهل تثبت هذه الحقوق بناء على عقد عارية دون مقابل ،ام انها تثبـــت بناء على عقد ايجار بمقابل ؟ يذهب جانب من الفقه الى ان العقد هنا يعتبر ايجارا لان هناك مقابل للانتفاع خصم من ثمن البيع (٢) ·ولكن الفقه الحديث يميل الـى عدم اعتبار العقد ايجارا لما يترتب على اعتباره كذلك ضرورة تطبيق قوانين ايجار العقار وما يترتب على ذلك من امتداد قانوني للعقد · وكذلك يعتبر العقد بيعـــا فقط والثمن فيــه مكون مـن عنصرين أحدهما أساسي هـو المبلغ النقدى المتفـق عليه والثاني ثانوى هو السكن بالمنزل والاستفادة من حق الصيد لمدة معينة·(٣)·

---

(١) م ٨٤٧ مدني عراقي ·
(٢) السنهورى ـ عقد الايجار ـ المصدر السابق ـ ص٣١ ·
د· سليمان مرقس ـ شرح عقد الايجار ـ فق٢٣ ·
(٣) د· سمير عبد السيد تناغو ـ المصدر السابق ـ ص١١ ·

وفي بعض الحالات قد تقوم الجهات الرسمية بتأجير قطعة ارض لاحد الاندية مثلا لاقامة ملعب رياضي بأجر رمزي او تافه ،وفي هذه الحالة لانكون بصدد أيجار حقيقي نظرا لتخلف الاجرة وانما بصدد عارية ٠ ويعتبر العقد هنا عارية حتما ولو سماه الطرفان أيجار ٠ وكثيرا ما يقع هذا بين بعض الاثرياءوالجمعيات والهيئات الخيرية ، حيث يتبرعون بأماكن تخصص لاستعمال تلك الهيئت في تحقيق بعض اغراضها ويحررون عقودا يذكرون فيها انهم يؤجرون تلك الاماكن وانهم تنازلوا عن الاجرة التي قبضوها لمدة طويلة ٠ فالعقد هنا يعتبر في حقيقته عارية وليس ايجارا (١) ٠

٣ ـ الايجـــار والعمـــل :ـ

عقد العمل هو ((اتفاق بين العامل وصاحب العمل ، يلتزم فيه العامل بأداء الاجر المتفق عليه للعامل)) ٠(٢) وعلى هذا الاساس فالمقصود بالعامل من الناحية القانونية ((كل من يؤدى عملا لقاء اجر ،ويكون تابعا في عمله لادارة وتوجيه صاحب العمل الذى يقصد به كل شخص طبيعي او معنوى يستخدم عاملا او اكثر لقاء اجر (٣) ٠والعمل يختلف عن الايجار كما هو ظاهر في انه لايقوم على الانتفاع بشيء ،بل بخدمات العامل ٠ولم يمنع هذا القانون الفرنسي من اعتبار العمل نوعا من الايجار ،فهو ايجار لعمل العامل على اساس نظرة اقتصادية كانت سائدة في بداية القرن التاسع عشر عند وضع التقين الفرنسي ٠ يعتبر العمل على اساسها سلعة يجوز تأجيرها كما تؤجرالاشياء ٠غير أن هذا النظر لم يعد له مجال في الوقت الحاضر مما اوجب انفصال عقد العمل عن عقد

---

(١) انظر د٠ توفيق حسن فرج ـ المصدر السابق ـ ص٢٧، د٠ السنهورى ـ الوسيط ـ ج٦ ـ فق ٥ ٠

(٢) م٢٩ من قانون العمل العراقي الجديد رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧ وقد نصت المادة ـ٦٧٤ من القانون المدني المصرى ((عقد العمل هو الذى يتعهد فيه أحد المتعاقدين بان يعمل في خدمة المتعاقد الاخر تحت ادارته او اشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الاخر)) ٠

(٣) م٨ /ف٢ من قانون العمل العراقي الجديد رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧

الايجار باعتبار ان احدهما يرد على عمل انسان بينما يرد الاخر على الانتفاع بشيء (١) .

ومع ذلك لازال هناك مجال للشك في معرفة طبيعة بعض العقود وهل انها عقود عمل ام عقود ايجار . فاذا استأجر شخص مركبة بسائقها من صاحب مركبات لنقل أمتعة ، فهل يعتبر العقد واقعا على عمل السائق او على الانتفاع بالعربة ؟ يرى الاستاذ السنهوري ان العبرة هنا بعمل السائق فيكون هذا الاتفاق عقد عمل . واذا تعاقدت شركة مركبات مع سائق على ان تعطيه مركبة يستغلها للنقل على ان يعطي للشركة ربحا معينا وباقي الارباح يأخذه لنفسه ، فهل يعتبر هذا الاتفاق عقد عمل ويكون السائق عاملا لدى الشركة ، أم أيجار ويكون السائق مستأجرا للعربة من الشركة ؟

يذهب القضاء الفرنسي ان الاتفاق هنا عقد عمل ، لان صلة السائق بالشركة هي صلة التابع بالمتبوع ، وأجر السائق على عمله هو الفرق بين أيراد العربة ومايدفعه السائق للشركة فهو أجر متغير وهذا جائز في عقد العمل (٢) .

وعلى كل حال فالاساس الذي يجب اعتماده لمعرفة طبيعة العقد وهل انه عقد عمل أم أيجار يتجلى فيضرورة مراعاة مدى ما يكون للشركة أو رب العمل من حق الاشراف والتوجيه . فاذا كان للشركة أو رب العمل مثل هذا الاشراف والتوجيه بما ينضوي تحت مفهوم عقد العمل والمقصود بالعامل كنا بصدد عقد عمل ، أما اذا لم يكن لهما ذلك كنا بصدد عقد الايجار (٣) .

---

(١) د. سمير عبد السيد تناغو ـ المصدر السابق ـ ص ١٩ .
(٢) د. السنهوري ـ عقد الايجار ـ دار الفكر للطباعة والنشر ـ المصدر السابق ـ ص ٤٣ .
(٣) انظر : د. سعدون العامري ـ المصدر السابق ص ٢٠٧ ...

الايجار وحـــق الانتفـــاع

يشبه حق المنتفع حق المستاجر من وجوه كثيرة ، فكل من المنتفع والمستأجر ينتفع بشيء لا يملكه ولمدة معينة . الا ان الحقين يختلفان أيضا من وجوه كثيرة اهمها :

(١) ان حق المستاجر حق شخصي ، أما المنتفع فحقه عيني ، ويترتب على ذلك ان المنتفع يستطيع ان يرهن حقه رهنا رسميا ، أما المستاجر فلا يستطيع ذلك .

(٢) حق المنتفع ينقضي حتما بموته ، أما حق المستأجر ، فيورث عنه الاآذانص العقد على عدم انصراف اثره الى ورثة المستأجر .

(٣) حق المنتفع قد يكون بعوض او بغير عوض ، أما حق المستأجر فهو بعوض دائما .

(٤) ان حق المنتفع يكون مصدره اى سبب من اسباب كسب الحقوق العينية كالعقد والوصية والهبة ووضع اليد وغيرها عدا الميراث ،أما حق المستأجر فمصدره العقد دائما .

(٥) أن حال الانتفاع لايتضمن سوى التزاما عاما على عاتق مالك الرقبة هو ان يترك صاحب حق الانتفاع ينتفع بالشيء ، أما عقد الايجار فأن التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع هو التزام ايجابي يقتضي ان يستمر المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالشيء المؤجر طوال مدة عقد الايجار .

وعلى الرغم من هذه الفروق الواضحة فان الايجار يلتبس بالانتفاع في بعض الحالات :ـ

١ ـ الايجار لمدى حياة المستأجر قد يلتبس بحق المنتفع ، لان كلا منهما لا يورث بل ينتهي بموت المستأجر أو المنتفع . على انه من المتفق عليه ان الايجار قد يكون لمدى حياة المستأجر دون ان يكون له من وراء ذلك حق عيني على الشيء المؤجر لان طول المدة وقصرها لاتأثير له في طبيعة العقد .

٢ ـ هناك عقود الايجار التي تبرم لفترات طويلة وتعطي للمستاجر حقا عينيـــا على العين المؤجرة ، من هذه العقود عقد الحكر (١) وهذه العقود لايجـوز الخلط بينها وبين عقود الايجار العادية لانها تعطي للمستاجر حقـــا عينيا ٠ ولكن من ناحية اخرى لايجوز لهذا السبب وحده خلطها بحق الانتفاع لانهـا تنتقل الى الورثة على عكس حق الانتفاع الـــذي ينقضي بوفاة المنتفع ٠(٢)

رابعـا ـ التنظيـم القانونـــي لعقد الايجار

نظم المشرع العراقي عقد الايجار كما اسلفنا في المواد (٧٢٢ ـ ٨٤٦) مـــن القانون المدني ، الا انه اضطر الى التدخل شانه في ذلك شان الكثير مـــن الدول لوضع قواعد قانونية خاصة تنظم العلاقة بين المؤجر والمستاجر وتستجيب لكثيــر من المتطلبات الاقتصادية والاجتماعية ٠

وعلى هذا الصعيد صدرت في العراق الكثير من القوانين ، كقانون الايجـــار والاستئجار رقم (٣٩) لسنة ١٩٤٢ ثم القانون رقم (٦٢) لسنة ١٩٤٣ فقانـــون مراقبة اجارة العقار رقم (٣٩) لسنة ١٩٤٥ وقانون الغاء قانون مراقبة اجـــارة العقار عن الاوقاف رقم (٢٦) لسنة ١٩٤٧ ٠ ثم صدر بعد ذلك مرسوم مراقبـــة اجارة العقار رقم (٩) لسنه ١٩٥٣ فالقانون رقم (٧٨) لسنة ١٩٥٦ الـــــذي الغي بموجب القانون رقم (٦) لسنة ١٩٥٨ (٣) ٠وكان اخر هذه السلسلة مـن التغييرات القانونية قانون تنظيم ايجار العقار رقم (٦٧) لسنة ١٩٧٣ وتعديلاتـه

---

(١) وهو عقد يجعل للمحتكر حقا عينيا في الارض المحتكرة ويقع عادة علــــى ارض خربة يقتضي استصلاحها مدة طويلة ٠

(٢) د٠ السنهوري ـ عقد الايجار ـ المرجع السابق ـ ص٤٤ ،٤٥ ٠
د٠ تناغو ـ المصدر السابق ـ ص٢١ ٠
د٠ رمضان ابو السعود ـ المصدر السابق ـ ص٧١ ٠
د٠ العامري ـ المصدر السابق ـ ص٢٠٨ ٠

(٣) د٠ عصمت عبد المجيد بكر اثر النزعة الاجتماعية في تطور عقد الايجـــار (دراسة مقارنة) ـ رسالة ماجستير في القانون مقدمة الى كلية القانون فـــي جامعة بغداد ـ ١٩٧٢ ـ ص ٢٤ ٠

ان من أهم صفات قانون أيجار العقار انه يقيد حرية المتعاقدين في تحديــــد الاجرة ،وكذلك يقرر الامتداد القانوني لعقود الايجار ،ويضع أسبابا معينـــــة للتخلية ·والقواعد التي يضعها في هذا الشأن تعد من النظام العام ولا يجــــوز الاتفاق على عكسها ·· ويلاحظ انه اذا لم يوجد حكم خاص في قانون أيجـــــار العقار فــان حكام القانون المدني هي التي يجب تطبيقها ،لان قانون أيجار العقار لايحتوى كما هو معلوم على كل القواعد الواجبة التطبيق بصدد الايجارات ·لهذا فــان القانون المدني يظل منطبقا خارج كل الحالات التي يحصل فيها التعارض ، فضلا عن كل ما لايعرض له قانون أيجار العقار بالتنظيم ·

وقرارات مجلس قيادة الثورة المتعلقة بايجار العقار .ثم صدرت قرارات من مجلس قيادة الثورة توقف العمل به لغاية ١٩٧٩/٧/١ واعادة العمل بالقوانين السابقة خلال المدة المذكورة .

وقد وجد أن الضرورة تقضي بأعادة النظر في القواعد التي بنيت عليها القوانين السابقة تحقيقا لاهداف الثورة في القضاء على الاستغلال وحل المشاكل الاجتماعية طبقا لقواعد العدالة فشرع القانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ الذى بني على أسس تحديد حقوق المؤجر والمستأجر وتحديد التزاماتهما تحديد واضحا كما بني على الموازنه بينهما فألزم كل طرف بعدم المساس بحقوق الطرف الاخر ، ومنع استغلال المؤجر حاجة المستأجر الملحة للسكن ،ومنع استغلال المستاجر المأجور استغلالا يثرى به على حساب المؤجر (١)

ولم يمض زمن طويل على تاريخ نفاذ قانون ايجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ في ١١٧٩/٧/١ حتى تعاقبت عليه التعديلات المضيقة لاحكامه حينا والموسعة لها حينا اخر .ومن التعديلات ما أضاف أسبابا جديدة الى اسباب التخلية المنصوص عليها في القانون ومنها ماجاء مفسرا لبعض احكامه نمنها ما منح حق طلب التخلية لاشخاص لم يكن لهم من قبل الحق في طلب التخلية ومنها ما نص على وقف تنفيذ أحكام تخلية الدور التي تشغلها عوائل العسكريين بصرف النظر عن أسباب التخلية (٢) .

---

(١) راجع بحثنا الموسوم ــ ملاحظات في قانون ايجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل ــ منشور في مجلة العلوم القانونية التي تصدرها كلية القانون جامعة بغداد ــ المجلد السابع ــ العدد الاول والثاني ١٩٨٨ ــ ص ٢٢٢ .
كاظم الشيخ جاسم ــ قواعد ايجار العقار ــ ط١ طبعة الجاحظ ١٩٨٧ ــ ص ٣ــ٤ .

(٢) بحثنا المشار اليه سابقا ص ٢٢٢ ــ ٢٢٣ .

الباب الاول

اركـان عقـــــد الايجـــــار

عقد الايجار كغيره من العقود لايقوم الا بتوافـــر اركـان ثـلاثة هـــي :ـ التراضي والمحل والسبب . لما كانت هذه الاركان قد فصلها المشرع فـــي القسم المخصص للعقد واركانه بصفة عامة ، لذلك يبدو ان لاضرورة في اعـــادة تزويد مـا سبق دراسته في النظرية العامة للالتزام وانما تفرض لهذه الاركان أذا كان في ذلك شيئا جديدا يخص عقد الايجار .فبالنسبة للسبب في عقد الايجـار لانعتقد ان هناك شيئا جديدا يمكن اضاعته في عقد الايجار ، لذلك نكتفي بالاحالة الى نظرية السبب في النظرية العامة للالتزام .وبمقتضاها يكون الايجار باطـــلا اذا لم يكن لـه سبب او كان له سبب ولكنه مخالف للنظام العام او الاداب مثـال ذلك عقد أيجار منزل بقصد اعداده لاعمال غير مشروعة ،كالدعارة أوالقمار . فاذا استأجر شخص منزلا بقصد اعداده لمثل هذه الاغراض كـان العقد باطـــلا . وفي هذا تطبيق للقواعد العامـــة .

اما بالنسبة لركن التراضي في عقد الايجار فهو محض تطبيق للقواعد العامـة ، ومع ذلك فتوجد بشأنه بعض الامور التي لابد من الاشارة اليها .

يبقى لدينا المحل في عقد الايجار الذى يعد مزدوجا ، فمحل التزام المؤجـر هـو المنفعة التى يلتزم بتمكين المستأجر منها ، ومحل التزام المستأجر هو دفـع الاجرة (المتفق عليها أو المقررة بموجب احكام قانون أيجار العقار) الى المؤجر . وكـــلا الالتزامين يرتبطان بعنصر مهـم هـــو لمدة حيث ان عقد الايجار يعتبر مــــن العقود المؤقتة وليس كعقد البيع الذى يجب ان يكون دائميا .

وبنـاء على ما تقدم سنعرض لدراسة اركان عقد الايجار بالشكل التالي :ـ

الفصل الاول :ـ التراضي في عقد الايجار .

الفصل الثاني :ـ المأجـــور .

الفصل الثالث :ـ الاجــــرة .

الفصل الرابع :ـ مـدة الايجـــار .

الفصـــــل الاول

التراضي فـــي عقـــد الايجـــــار

الايجار كما لاحظنا من العقود الرضائية ، يشترط لانعقاده كسائـر العقـود الاخرى وجود التراضي بين المتعاقدين ٠ ووجود التراضي يكون بتلاقي ارادتـي الطرفين على انشاء عقد الايجار بينهما ٠ وهذا يعني وجود الارادة لدى كل منهما ثـم التعبير عنها في العالم الخارجي ٠ وقد يكون التعبير عن الارادة صادرا مـــن طرفي العقد أو ممن يمثلهما ، حيث يتم التعاقد بطريق النيابـــة ٠

ان التعبير عن الارادة لابد ان يتضمن تطابق التعبير عـن الايجاب والقبول ، بحيث يكون مضمون التعبير واحدا ، فلا يختلفان في أمر من الامور ، ولكـــــن ذلك لايعني وجوب ان يتضمن الايجاب والقبول جميع التفاصيل ، بل يكفـــــي الا يختلف المؤجر مع المستأجر بشأن هذه التفاصيل ما دام التراضي قد تـــــم بشأن العناصر الاساسية للايجار ،فتطابق الارادتين يجب ان يتم بحسب الاصل فيما يتعلق بماهية الايجار والشيء المؤجر والاجرة ومدة الايجار ٠(١)

ولكن وجود الرضا لايكفي وحده لكي ينعقد الايجار صحيحا ، بـــل يلزم ان يكون رضا كل من المتعاقدين صحيحا خاليا من العيوب ٠ وهـذه العيوب التـــي تجعل العقد موقوفا هي الاكراه والغلط والغبن مع التغرير ٠ أما الاستغلال فانـه لايجعل العقد موقوفا ولكنه يجيز للمتعاقد ان يطالب برفع الغبن عنه الى الحـــد المقبول وذلك خلال مدة سنة من تاريخ أبرام العقد ٠ (٢) ٠

---

(١) د٠ شنب ــ المصدر السابق ــ ص ٢٧ ٠

(٢) د٠ العامري ــ المصدر السابق ــ ص٢٠٩م ١١٢ ــ ١٢٥ مدني عراقي ٠ المزيد من التفاصيل راجع :ــ د٠ كمال قاسم ثروت ــ المصدر السابق ــ ص٢٤ وما بعدهـــا ٠

المبحث الاول

الاهلية في عقد الايجار

لكي يكون الرضا صحيحا يجب ان يكون كل من المؤجر والمستاجر متمتعا بالاهلية اللازمة لابرام عقد الايجار . وقد نصت على ذلك المادة (٧٢٣) من القانون المدني العراقي بالقول ((يشترط لانعقاد الايجار أهلية العاقدين وقت العقد ، بان يكون كل منهما عاقلا مميزا ويشترط لنفاذه كون العاقدين عاقلين غير محجورين وكون المؤجر مالكا لما يؤجره أو وكيلا للمالك او وليا عليه)) . ويبدو من هذه المادة (١) ان عقد الايجار الذى يبرمهُ صغير غير مميزا اى لم يبلغ سن السابعة كاملة او المجنون جنونا مطبقا (٢) يكون باطلا لان المجنون والصغير غير المميز عديما الاهلية .

أما عقود الايجار التي يبرمها الصغير المميز ومن في حكمه (المعتوه والسفيه وذو الغفلة) فتنعقد موقوفة على أجازة ولية أو وصيه في الحدود التي يجوز فيها للولي أو الوصي ان يبرم عقد الايجار ابتداء نيابة عن الصغير ذلك لان عقد الايجار هو من عقود الادارة الدائرة بين النفع والضرر .(٣)

ومما تجدر الاشارة اليه هنا بان ناقص الاهلية في القانون المصري يجوز له بالتالي أدارة هذه الاموال في بعض الحالات ان يتصرف في أمواله ويجوز له وتأجيرها . من ذلك بلوغ الصبي السادسة من عمره وكان يكسب من عمله ، حيث يصبح بمقتضى المادة (٦٣) من قانون الولاية على المال أهلا للتصرف فيما

---

(١) التي يذهب بعض الاساتذة ((د. العامري ـ المصدر السابق ـ ص ١٠)) الى الاعتقاد بأن المشرع العراقي لم يكن بحاجة الى ذكرها لانها لاتعدو ان تكون تطبيقا للقواعد العامة في الاهلية .

(٢)أما تصرفات المجنون في حالة أفاقته فتكون معتبرة وعليه فان عقود الايجار التي يبرمها خلال فترة افاقته تنعقد صحيحة لان تصرفاته المذكورة تكون بحكم التصرفات التي تصدر من الشخص العاقل . أنظر م ١٠٨ مدني عراقي ، د. كمال قاسم ثروت ـ المصدر السابق ـ ص ١٦ هـ رقم ٤٢ .

ص ٢١٠ . د. الصراف ـ المصدر السابق ـ (٣) د. العامري ـ المصدر السابق ص ٣١٥ .

يكسب من أجر او غيره ،بشرط ان لايتعدى اثر التزامه حدود المال الذي يكسبه من مهنته او صناعته فاذا اشترى من أجره شيئا يصلح للتاجير ،كان له حق تأجيره ، اذ هو يملك بيعه ومن يملك الاكثر يملك الاقل . كما تنص المادة(٥٦) من قانون الولاية على المال المصرى على ان ((للقاصر المأذون ان يباشر اعمال الادارة .. ولكن لايجوز ان يؤجر الاراضي الزراعية والمباني لمدة تزيد على سنة.. الا بأذن من المحكمة او من الوصي فيما يملكه من ذلك)) (١) .

واذا اكمل الصغير المميز سن الخامسة عشرة من العمر ، فيجوز لوليه بعد الحصول على ترخيص من المحكمة ان يسلم الصغير مقدارا من امواله ويأذن له بالتجارة (الفقرة الاولى من المادة (٩٨) مدني عراقي)، ويعتبر الصغير بالنسبة للتصرفات الداخلة تحت الاذن بمنزلة البالغ سن الرشد (م ٩٩ مدني عراقي)، وبالتالي فان عقود الايجار التي يبرمها الصغير المأذون تعتبر صحيحة ونافذه ولا تكون موقوفة على أجازة الولي الا اذا تجاوز الصغير الحدود التي رسمها له وليه. فاذا كان اذن الولي مطلقا فانه يجوز عندها للصغير ان يبرم الايجار دون ان يقيد بمدة أما اذا جاء الاذن مقيدا كما لو اذن للصغير أبرام عقود الايجار لمدة لاتتجاوز سنتين مثلا ،فأذا أبرم الصغير عقد الايجار لمدة خمس سنوات فان الايجار للسنة الثالثة والرابعة والخامسة يكون موقوفا على أجازة الولي (٢) .

---

(١) د. تناغو ـ المصدر السابق ـ ص ٢٨ ـ ٢٩ .

(٢) ويرى البعض (د. الصراف ـ المصدر السابق ـ ص ٣١٦) بأن اذن الولي للصغير يؤدى الى انه لايحق لذلك الولي القيام بالاعمال التي آذن للصغير القيام بها ،فلا يجوز له مثلا ايجار اموال الصغير فاذا اجرها مع ذلك فأن الاجارة تكون عندها موقوفة على اجازة الصغير .

هذا وقد نصت العبارة الاخيرة من الفقرة (اولا – أ) من المادة الثالثة من قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ على ما يلي (ويعتبر من أكمل الخامسة عشرة وتزوج باذن من المحكمة كامل الاهلية) (١) . وهذا يعني ان عقود الايجار التي يبرمها من اكمل الخامسة عشرة من عمره واذن له بالزواج من قبل المحكمة تعتبر صحيحة ونافذة . ومن المقارنة بين النصوص الواردة في القانون المدني وقانون رعاية القاصرين يتضح ان الصغير الذى اكمل الخامسة عشرة وتزوج باذن من المحكمة يعتبر كامل الاهلية ، يصبح له الحق في التصرف بكامل امواله فتكون جميع تصرفاته صحيحة نافذة ومنها ايجاراته .اما الصغير الذى يأذن له بممارسة التجارة فيعتبر بمنزلة البالغ سن الرشد في حدود التصرفات الداخلة تحت الاذن ، اى انه يتمتع بأهلية كاملة في نطاق هذه التصرفات .

(١) ونصت المادة الثامنة من قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل على ما يلي :ـ ((اذا طلب من أكمل الخامسة عشرة من العمر الزواج فالقاضي ان يأذن به اذا ثبت له اهليته وقابليته البدنيه بعد موافقة وليه الشرعي فأذا امتنع الولي طلب القاضي منه موافقته خلال مدة يحدها له ، فان لم يعترض او كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار اذن القاضي بالزواج)) .

المبحث الاول

من له الحق في الايجار

اولا :ـ المالك : ومالك الشيء باعتباره يستطيع التصرف بذلك الشيء ببيعه وما يترتب على ذلك من انتقال ملكيته فهو يستطيع من باب اولى ان يؤجره اى ان يمكن الغير من الانتفاع به . ولهذا فان المالك يحق له ان يؤجر ملكه ويكون عقده صحيحا نافذا طالما كان بالغا سن الرشد وغير محجور عليه ،لان من يملك حق التصرف يملك حق الادارة كما نعلم . وكما يكون الشيء مملوكا لشخص واحد فانه من الممكن ان يكون مملوكا لاكثر من شخص واحد وتكون في هذه الحالة ازاء ملكية شائعة كما لو اشترى عدد من الاشخاص عقارا فان كل شخص منهم اصبح مالكا على الشيوع .

وقد عالج القانون المدني العراقي هذا الموضوع في عدة مواد حيث نصت المادة (٧٣١) منه على مايلي :ـ ((يجوز ايجار الحصة الشائعة للشريك او غيره)) كما أكدت هذا الحكم الفقرة الثالثة من المادة (١٠٦١) بقولها :ـ ((ويجوز للشريك على الشيوع ان يؤجر حصته الشائعة لشريكه او لغير شريكه)) .

ان حق المالك على الشيوع يتقيد بعدم الاضرار بباقي الشركاء كما انه يتقيد من ناحية أخرى بما جاء في المادة (١٠٦٤/ف١) مدني عراقي التي تقضي بأن :ـ ((تكون أدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك ، وما يستقر عليه راى أصحاب القدر الاكبر من الحصص في اعمال الادارة المعتادة يكون ملزما للجميع حتى الاقلية التي خالفت هذا الرأى)) (١) .

ويلاحظ جانب من الفقه المصرى بحق (٢) بان قوانين ايجار العقار قد قررت مبدأ الامتداد القانوني لعقود الايجار بالنسبة للماجور الذى يخضع لاحكام هذه القوانين . وهذا يعني ان الاغلبية اذا قامت بتأجير العقار لـ

---

(١) انظر في ذلك ـ د. كمال قاسم ثروت ـ المصدر السابق ـ ص ٢٨ ومابعدها.
د. العامرى ـ المصدر السابق ـ ص ٢١١ ـ ٢١٢ .
(٢) د. رمضان ابو السعود ـ المصدر السابق ـ ص ١٤٦ .

سنة وحدة ، فان هذا العقد يمتد الى اكثر من ثلاث سنوات اذا لم يوجد سبب من أسباب التخلية التي نصت عليها قوانين ايجار العقار او كما تسمى في مصر قوانين ايجار الاماكن ·

ثانيا ـ الايجار الصادر ممن لـه حـق الانتفاع بالشيء

ـ مالك حـق المنفعة :ـ

حق المنفعة حق عيني يخول صاحبه استعمال الشيء المنتفع به وتوابعه والاستيلاء على ثماره مدة انتفاعه به (م ١٢٥٢ مدني عراقي) ،لان القانون المدني يجيز تمليك منافع الاعيان عقارا كانت أم منقولا (م ١٢٤٩ مدني عراقي)، وللمنتفع استغلال الشيء عن طريق تأجيره لاى مدة يراها بشرط الا تزيد عن مدة حق الانتفاع ذاته فلا يتقيد المنتفع هنا بمدة الثلاث سنوات التي يتقيد بها من يكون له الحق في الادارة لان المنتفع لايدير المال وانما يستغل حقا له وان كان بمدة معينة هي مدة حياته او لمدة أقل من ذلك · ويتقيد المنتفع هذا الحق موقوتا بان تكون الاجاره الصادرة عنه مقيدة بالمدة التي يبقى فيها حق الانتفاع قائما، فاذا كانت مدة الانتفاع عشر سنوات جاز للمنتفع ان يؤجر الشيء لاية مدة بشرط الا تجاوز العشر سنوات ، والا تجاوز في الوقت ذاته حياة المنتفع لان حق الانتفاع ينتهي على كل حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاءالاجل (م١٢٥٧ مدني عراقي)· فأذا اجر المنتفع الشيء لمدة عشر سنوات وبقي حيا طوال هذه المدة فان الايجار يبقى قائما حتى انقضاء العشر سنوات أما اذا مات بعد انقضاء خمس سنوات مثلا فان الايجار ينتهي بموته لزوال حق المنفعة ،ويبقى بالنسبة للسنوات الخمس التالية لموته موقوفا على اجازة المالك الذى عاد اليه حق المنفعة بموت المنتفع (م ٧٣٢ مدني عراقي) · ويرى البعض(١) بأن هذه الاحكام يتعطل تطبيقها اذا كان محل الانتفاع عقارا خاضعا لاحكام قوانين ايجار العقار بسبب وجود الامتداد القانوني في هذه القوانين ، حيث ليس من الممكن ان تنقضي الاجارة الصادرةمن المنتفع بأنقضاء حق الانتفاع ،ويعني

---

(١) د· رمضان ابو السعود ـ المصدر السابق ـ ص ١٥٣ ·

انه لايمكن للمنتفع ان يقوم بابرام عقود الايجار ايا كانت مدتها اذا كان حق الانتفاع واردا على عقار يخضع لهذه القوانين الخاصة .

ب ـ الايجار الصادر من صاحب حق الاستعمال او حق السكنى

يصح ان يكون تمليك المنفعة قاصرا على الاستعمال او على السكنى (م ١٢٦١ مدني عراقي) .ويتحدد نطاق حق الاستعمال وحق السكنى بمقدار ما يحتاج اليه صاحب الحق واسرته في خاصة انفسهم (م ١٢٦٢ مدني عراقي) . فلا يجوز تاجيره للغير واذا قام صاحب حق السكنى الاستعمال بتأجير حقه للغير وقع العقد باطلا لوروده على حق لايقبل التأجير (١) .ولكن مع ذلك يجوز لصاحب حق الاستعمال أو حق السكنى ان يتنزل عن الحق ويؤجر الشيء في حالة وجود شرط صريح او مبرر قوي يدعو الى ذلك (م ١٢٦٣ مدني عراقي). وقد أراد المشرع بهذا الاستثناء ان يدخل شيئا من المرونة يخفف من حدة المبدأ الذى يقضي بعدم جواز النزول عن الحق أو تاجير الشيء المحمل به أذا طرأت ظروف على صاحب الحق تجعل التقيد بهذا المبدأ مؤديا الى الضيق والحرج كان يوصي شخص يسكن بيت لاولاده ثم يمر الزمن فيضيق بهم البيت ، او يصبح غير لائق لسكناهم او ينتقلون الى بلد أخر فلا يستطيعون سكناه . فاذا طرأت ظروف من هذا القبيل جاز لصاحب الحق ان يتنزل عنه او يؤجر الشيء المحمل به. ولاشك بأن تقدير وجود كفاية المبرر للنزول عن هذا الحق يعد امرا متروكا لقاضي الموضوع .

وقد تحتاج الدار التي تقرر عليها حق السكنى الى أصلاح ،لذلك يلتزم صاحب هذا الحق باجرائه على انتكون المباني التي يقيمها ملكا خالصا له ينتقل الىورثته. فاذا أمتنع صاحب الحق عن القيام بهذا الاصلاح ، فللمحكمة ان تؤجر الدار لشخص أخر يقوم بالاصلاح خصما من الاجرة ويرد الدار في نهاية الايجار لصاحب حق السكنى (م ١٢٦٤ مدني عراقي) .

---

(١) د. رمضان ابو السعود ـ المصدر السابق ـ ص ١٥٦ .

ثالثا ـ الايجار الصادر من الدائن المرتهن رهنا حيازيا :ـ

الدائن المرتهن رهن حيازة ،هويجوز شيئا للمدين تامينا على دينه ،وله ان يستغل العين المرهونة وفقا لما اعدت له ، ما لم يتفق على خلاف ذلك . وتستعزل الغلة من الدين . وعلى ذلك يجوز للدائن المرتهن ان يؤجر العين عقارا كانت أم منقولا، على ان يخصم الاجرة من الدين فتستنزل اولا من الفوائد والمصاريف ثم من اصل الدين (١) . هذا وقد نصت المادة (١٣٣٩ /ف١) من القانون المدني العراقي على ان :ـ ((يتولى المرتهن ادارة المرهون رهنا حيازيا .... وعليه ان يبذل في ادارته من العناية ما يبذله الرجل المعتاد ...)) .

وفي ضوء هذا النص يستطيع الدائن المرتهن ان يؤجر المرهون لاى شخص حتى اذا كان المستأجر هو الراهن لان الايجار هو الطريق الطبيعي للادارة والاستغلال. ولكن لما كان المرتهن لايملك الا حق الادارة ،فلا يجوز له ان يؤجر المرهون لمدة تزيد على ثلاث سنوات (٢) . ولكن هذا الامر يصطدم بمبدأ الامتداد القانوني لعقد الايجار بالنسبة للعقارات الخاضعة لاحكام قوانين الايجار الخاصة . وعلى هذا الاساس يمتنع على لدائن المرتهن تأجير هذه العقارات اللهم الا اذا تم هذا الايجار للراهن ذاته (٣) .

---

(١) د. السنهوري ـ عقد الايجار ـ المصدر السابق ـ ص ١٠٢ ،
وانظر ايضا المادة (١٣٤٠ مدني عراقي) .

(٢) د. العامري ـ المصدر السابق ـ ص ٢١٤ .

(٣) د. رمضان ابو السعود ـ المصدر السابق ـ ١٦١ .

رابعا ـ الايجار الصادر من الوكيل

الوكالة ، عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم (م ٩٢٧ مدني عراقي) وقد تكون عامة كماقد تكون خاصة (م ٩٣١ مدني عراقي)٠ والوكالة الخاصة هي التي تتناول عملا قانونيا معينا ولا تخول الوكيل صفة النيابة الا في مباشرة الامور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الامور من توابع ضرورية وفقا لطبيعة ونوع العمل والعرف الجارى (١) ٠

وعلى هذا يكون ايجار الوكيل صحيحا ونافذا بحق الموكل بشرط ان لايتجاوز الوكيل الحدود التي رسمتها الوكالة ٠ فاذا وكل المالك شخصا بأيجار العين لمدة معينة صح أيجاره لهذه المدة أو المدة التي تقل عنها ، اما اذا عقد الوكيل الاجارة لمدة تزيد على المدة المحددة في الوكالة فان الايجار يكون موقوفا على اجازة الموكل ٠ ويجوز للمستأجر الذى تعاقد مع الوكيل ان يحدد للموكل ميعادا مناسبا يجيز فيه التعاقد ٠ فان لم تصدر الاجازة في هذا الميعاد تحلل من العقد (م ٩٤٤ مدني عراقي) ٠اما اذا كان التوكيل مطلقا مفوضا صح أيجار الوكيل لاية مدة يشاء ، ويسرى أيجاره في حق الموكل (٢) ٠

---

(١) نفس المصدر ـ ص ١٧٢ ٠

(٢) د٠ العامري ـ المصدر السابق ـ ص ٢١٤ ،د٠ كمال قاسم ثروت ـ المصدر السابق ـ ص ٥٠ ٠

المبحـــث الثالث

القيود الواردة علـــى التراضي في عقـــد الايجـــار

على الرغم من ان عقد الايجار يعد من العقود الرضائية الا ان هناك بعـــض القيود الواردة في قانون ايجار لعقار يجبر المؤجر بمقتضاها على التاجير بشـرط توفير بعض الشروط التي أشارت اليها النصوص القانونية بهذا الشأن ومـــن تلـــك الحالات :ـ

اولا ـ نقل العاملين في الدولة او الاشخاص المعنوية العامة :ـ

نصت المادة (١٦) من قانون ايجار العقار على مايلي ((يجوز لمن نقل مـــن العاملين في الدولة او لدى الاشخاص المعنوية العامة اونسب للعمل في مدينة اخرى، أن يشغل المسكن الذى كان يشغله سلفة بشروط عقـــد الايجار السابق نفسها . طبقا لاحكام هذ القانون على ان يتحمل الاجرة من تاريخ اخلاء الماجور فعـــلا)) . وقد جاء في المذكرة الايضاحية لهذا القانون بأن ((وضع هذا المبدأ جاء حلا لمشكلـة طالما عاناها الموظفون المنقولون او المنسبون للعمل في مدينة اخرى في البحث عـــن للسكن فيهذا المأجور اوعدم السكن فيه، كما صان نحقوق المؤجر في الاجرة بأن في هذا المأجور ، او عدم السكن فيه ، كما صان حقوق المؤجر في الاجرة بـــأن حفظ له الحقوق في المدة ، ما بين اخلاء المأجور وبين شغله ٠)) . يبدو من نص المادة اعلاه ان المشرع العراقي استهدف اعطـــاء الاولويـة للعامل في الدولـة او الاشخاص المعنوية العامة او المنسب للعمل في مدينة اخرى ، أخلى فيها مسكنـــا كان يستأجره شخص اخر نقل منه ، ان يهيىء اسباب الراحة والطمأنينـــــة والاستقرار للموظف لكي يؤدى واجباته الوظيفية على اتم وجه ولا يشكل وهـو في هذه الحالة في البحث عن مسكن يطمئن اليه مع عائلته مما يؤثر التاكيد علـــى المصلحة العامة ٠وقد برزت الحاجة الى مثل هذا النص في الوقت الذى ظهرت فيه ازمة السكن في كل مكان ٠

ولاجل تطبيق نص المادة (١٦) من قانون ايجار العقار لابـــد مـــن توافـــــر الشروط التاليـــة :ـ

١ ـ ان يكون الشخص الذى نقل او نسب الى المدينة من العاملين في الدولـــة او لدى الاشخاص المعنوية العامة منقول او منسب للعمل في مدينة أخرى ٠وهذا يعنـي ان الاولوية لاتعطى هنا لموظف قديم في المدينة ساكن فيها قبل اخـــلاء الموظف المنقول لمسكنه اذا أراد هذا الموظف القديم تغيير سكنه ، انما تعطـــى الاولوية لموظف جديد ينقل او ينسب الى المدينة ولم يكن ساكنا وفيها من قبل٠ ووفقا للنص لابد ان نيكون الموظف الجديد قد جاء ليحل محل الموظف القديم في نفس الوظيفة حيث يقول النص :

((٠٠٠ ان يشغل المسكن الذى كان يشغله سلفه ٠٠٠)) (١) ٠

واذا كان من الضرورى ان يكون المنقول من المدينة والمنقول اليها يعمـلان لدى نفس الدائرة او الجهة ، فليس من الضرورى ان يؤديان نفس العمـل كما نعتقد ٠ وهذا ما سنلاحظه بعد قليل في نص مماثل في قانون ايجـــار الاماكن المصرى ٠

٢ ـ ان يكون العقار المراد استثماره مسكنا حيث ان هدف المشترى كمـا قلنـــا هو توفير السكن للموظف المنقول ٠ وهذا يعني ان العقار المستأجر اذا كان متجرا او معرضا او مخزنا فلا يطبق حكم هذا النص ٠

٣ ـ ان يكون هذا المسكن قد شغله موظف تـم اخلاه بسبب نقله مـــن المدينة ، وبذلك يخلو المسكن من الموظف القديم المنقول من المدينة ليحل محلـــه الموظف الجديد المنقول الى المدينة ، لذلك اذا كان الموظف لم ينقل من المدينة، انما اخلى المسكن الى مسكن اخر في نفس المدينة ، فالمسكن الخالي لااولوية فيه لموظف منقول الى المدينة (٢) ٠

---

(١) كاظم الشيخ جاسم ـ قواعد ايجار العقار ـ ص ١٧١ ٠ وما بعدها ٠
(٢) نفس المصدر ـ ص ١٧٤ ٠

وبمناسبة التحدث عن نص المادة (١٦) من قانون ايجار العقار الحالي نرى من الضروري الاشارة الى نص المادة (٢٠١/٧) من قانون ايجار الاماكن المصرى التي تقول : ((للعامل المنقول الى بلد بدلا من عامل اخر حق الاولوية على غيره في استئجار السكن الذى كان يشغله هذا العامل اذا قام باعلان المؤجر في مدى اسبوعين على الاكثر من تاريخ الاخلاء برغبته في ذلك بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على ان يعزز ذلك عن طريق الجهة التي يعمل بها المتبادلان ويحظر على المالك التعاقد قبل انقضاء هذه المدة وعلى العامل المنقول الى بلد اخر ان يخلي السكن الذى يشغله بمجرد حصوله على سكن في البلد المنقول اليه الا اذا قامت ضرورة ملجئه تمنع من اخلاء مسكنه)) . ويشترط لاكمال هذا النص ان يكون كلا من العاملين تابعين لجهة عمل واحدة لها فروع في كل من البلاد المنقول منها والمنقول اليها . والا يشترط ان يكون العامل الذى نقل الى البلد قد شغل ذات الوظيفة او قام بذات العمل الذى كان يقوم به العامل المنقول من البلد (١) . ووفقا لهذا النص ايضا على العامل المنقول الى بلد اخر ان يخلي المسكن الذى يشغله بمجرد حصوله على مسكن في البلد المنقول اليه الا اذا قامت ضرورة ملجئة تمنع من اخلاء مسكنه ، فأن لم يحصل بعد على سكن في البلد الذي نقل اليه او كان لديه اولادا في البلد المنقول منه في المدارس . ولكن اذا انتفت هذه الضرورة الملجئة وامتنع الموظف المنقول من البلد عن اخلاء مسكنه ، فان المؤجر يستطيع مطالبة هذا الموظف بالاخلاء وذلك عن طريق الدعوى ، كما يملك ذات الحق ايضا الموظف الذى نقل الى البلد فهو صاحب حق مباشر في مطالبة الموظف المنقول بتنفيذ التزامه بالاخلاء .

ومما يميز النص المصرى السابق ضرورة ان يقوم العامل المنقول الى البلد بأعلان المؤجر في مدى اسبوعين على الاكثر من تاريخ الاخلاء برغبته في ذلك. كما يجب ان يعزز هذا الاعلان بأخطار من الجهة التي يعمل بها المتبادلان ويجب ان يستوفي هذا الاخطار الشكل اللازم في هذا الصدد بمعنى ان التعزيز اذا كان صادرا من جهة حكومية فيجب ان يكون صادرا من شخص ذو صفة ومسؤولية ومقرونا بختم هذه الجهة .

---

(١) د. رمضان ابو السعود ــ المصدر السابق ــ ص ١٧٨ .

مسكن بديلة ،طالما لم يكن له مسكن في البلد الذى نقل اليه ·وهذه الاولوية انمـا تكون في استئجار المسكن فحسب · وعلى ذلك اذا رغب المالـك في شغل المكـــان بنفسه كان له ذلك وليس للعامل اجباره في هذه الحالة على تاجيره له · فمفهـوم الاولوية الوارد في النص انها اولوية للعامل المنقول عند رغبـــة المؤجر في تاجير المسكن للغير ·

ويلاحظ انه اذا توافرت الشروط المتقدمة ورفض المؤجر التأجير للعامــــل المنقول الى البلد كان لهذا العامل رفع دعوى أمام القضاء فيحكم له بتأجير المسكن ويقوم حكم المحكمة مقام عقد الايجار) طبقا للقواعد العامة (١) ·

ومن خلال مقارنة بسيطة بين النص العراقي والنص المصرى ،يبـدو لنـــا ان النص المصري اكثر وضوحا ودقة من النص العراقي ، فضلا عن ان هذا النص يحقق كما نعتقد التوازن التام في المصالح بين العاملين المنقولين من جهـة وبينهم وبين المؤجر من جهة اخرى ولا يضع اى منهم تحت رحمـة الاخـــر دون مبرر ، وتشترك الدائرة التي يرتبط بها الموظف المنقول من والى المدينة في هذه العمليـــة وهو ما يفتقراليه النص العراقي· لذلك ندعو المشرع الى ضرورة اعادة النظـــر بنص المادة (١٦) من قانون ايجار العقار بما يحقق هذه الاهداف ·

ثانيـا ـــ بقاء العقار المعد للسكن خاليا لمدة تزيد على تسعين يوما

يلتزم مالك العقار المعد للايجار لغرض السكن باخبار دائرة ضريبة العقـــــار بخلوه خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الخلو ولا يجوز ان يبقى خاليـا بـــدون عذر مشروع مدة تزيد على تسعين يوما من تاريخ اكمال بنائه او خلوه ، فـــاذا أمتنع مالكة عن أيجاره خلال المدة المذكورة ، تولت السلطة المالية ايجاره (١) ·

وقد وضحت الفقرة (ب) من المادة (١١) من تعليمات ايجار العقار رقـــم (٦) لسنة ١٩٧٩ اسلوب تأجير العقارات الخالية للمواطنين فاذا ثبت للسلطة الماليـة ان العقار المعد لغرض السكن بقي خاليا لمـــدة تزيد علـــى (٩٠ يومــــــــا)

---

(١) نفس المصدر ـ ص ١٧٩ ـ ١٨١ ·

(٢) م٢٠ من قانون أيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ ·

بدون عذر مشروع ،ان تبادر الى ايجاره وفقا لاحكام القانون ،بعد تبليغ صاحب العقار او من ينوب عنه قانونيا ، بتسليم مفاتيح العقار خلال مدة ستة ايام ،وعند امتناعه تقوم اللجنة المشكلة لهذا الغرض ، بدخول العقار وتسلمه الى دائـــرة ضريبة العقــار المختصة بعد تنظيم محضر يبين اوصاف العقار ونوعه وموجوداته ونواقصه لغرض تأجيره (١) ، ثـم تقوم دائرة الضريبة المختصة بالاعلان عـــن العقار الخالي لغرض تأجيره . وفي حالة وجود اكثر من راغب للتأجير ، وتساوى العروض تعطى الافضلية على النحو التالي :ـ

(١) من استملكت داره او قطعة ارض يملكها ٠

(٢) ذوى الدخل الاقل نسبيا ٠

(٣) من يعيل اسرة أكثر عددا (٢)

وتسرى الاحكام المذكورة كذلك على العقارات المشيدة حديثا اعتبارا من تاريخ اكمال بنائها الذى تعينه لجان التقدير في دائرة ضريبة العقار ٠ (٣)

ان الهدف من وضع المادة (٢٠) من قانون ايجار العقار يتجلى في الحد مـــن ترك الكثير من العقارات المعدة للسكن خالية دون تأجير بهدف المضاربة والحصول على اكبر بدل ايجار ممكن ٠ ولاشك بأن هذا النص يسهم كذلك في التخفيف من ازمـــة السكن ٠

ولتطبيق نص المادة (٢٠) سالفة الذكر لابد من توفر الشروط التاليـــة :ـ

٠ ـ أن يكون العقار الخالي مسكنا معدا للايجار ٠ وهذا يعني ان النص لا يشمل العقارات الاخرى كالحوانيت والمطاعم والدكاكين والسراديب (والكراجات) ٠

---

(١) وتتكون هذه اللجنة في مراكز المحافظات من مدير ضريبة العقار وضابطي أمن وشرطة المنطقة ومختار المحلة اما في مراكز الاقضية والنواحي فتتألف من مدير المال (في مركز القضاء) ومأمور المال (في مركز الناحية) بالاضافة الى ضابطـــي أمن وشرطة المنطقة ومختار المحلة ٠

(٢) الفقرة (ج) من المادة (١١) من التعليمات المشار اليها ٠

(٣) الفقرة (د) من المادة (١١) من التعليمات ٠

كذلك لايشمل العقارات غير المعدة للايجار حتى لو كانت معدة للسكـــن ، كذلك العقارات المحجوزة من قبل اصحابها لقضاء سنن الصيف او الشتاء، وأيام الاعياد والمناسبات والعطل الرسمية .

٢ ـ ان يبقى المسكن خاليا مدة تزيد على تسعين يوما ،دون ان يشغله صاحبـه أو يؤجره ،تبدأ من تاريخ اكمال البناء او خلوه · وهذا يعني ان المدة اذا كانت (٩٠) يوما بالتمام أو أقل منها فلا يجوز تطبيق نص المادة (٢٠) كذلك نـرى بأن هذه الفترة يجب ان تكون متصلة غير متقطعة .

٣ ـ أمتناع صاحب المسكن الخالي عن أيجاره دون عذر مشروع · وهذا يعنـي انـه اذا كان هناك ثمة عذر مشروع فلا يجوز تطبيق نفس المـادة (٢٠) · ان تقدير هذا العذر وكفايته ، يعود الى قاضي الموضوع لان عبارة العذر المشروع جاءت مطلقة ،حيث تنطوى تحتها حالات كثيرة يعود أمر تقديرها الى القاضي · ومن الامثلة على العذر المشروع قيام الشخص بأجراء ترميمات واصلاحات أو اتجاه نيته نحو الهدم ومباشرته بتنظيم الخرائط والحصول على اجازة البناء أو انتظار ولده القادم من الخارج بعد انتهاء بعثته او زمالته الدراسية أو قدومـه بصحبة زوجته بعد الدخول بها حديثا لغرض السكن في هذا العقار وهكذا ·

ويبدو من نص هذه المادة انه، لاحاجة الى توجيه انذار لصاحب العقار تتخذ بعده الاجراءات المشار اليها ،اى يكتفي بمرور الفترة الزمنية المحددة قانونا (وهي المدة التى تزيد على تسعين يوما) بدون عذر مشروع الا اننا نرى ان توجيه الانـذار يعد امرا ضروريا لاعطاء مالك العقار الفرصة الاخيرة لايجار عقاره،وفقا لعوامل الضغط النفسي والضغينة التي قد تتسبب من جراء ايجار العقار دون رغبـة مالكة · كذلك سيساهم هذا الاجراء في الحد من حالات التربص والعداوة التـي قد يتحينها البعض للايقاع بأشخاص اخرين ، وهذا ماينزه عنه المشرع طبعا ·

هذا وقد نصت المادة (٢١٨) من قانون ايجار الاماكن المصرى رقم ٤٩ لسنـة ١٩٧٩ بأن (لايجوز ابقاء المساكن المعدة للاستغلال خالية مدة تزيد على أربعـة أشهر اذا تقدم لاستئجارها مستأجر بالاجرة القانونية)· (١) ·

---

(١) لمزيد من التفاصيل عن شرح هذا النص راجـع : د· رمضان ابو السعود ـ المصدر السابق ـ ص ١٩ وما بعدها

الفصـل الثانـي

المحـــل في عقـــد الايجـــار

المحل في عقد الايجار هو العملية القانونية التي يراد اتمامها بين المؤجـــر والمستأجر لانشاء التزامات بينهما . وتمثل هذه الالتزامات تمكين المستأجر مـن الانتفاع بالمأجور ، عقارا كان أم منقولا ، أم حقا لمدة معينة مقابل اجرة يلتـــزم بها المستأجر . وعلى هذا الاساس لابد من الاتفاق بين الطرفين علـــى المأجور والاجرة والمـــدة .

ولهذا فاننا في صدد الكلام عن المحل في عقد الايجار ينبغي ان نعرض لدراســة الشيء المؤجر ثـم الاجرة واخيرا المدة في عقد الايجار . وستتم هذه الدراســة في أطـارا حكام القانون المدني وقانون ايجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل .

المبحـث الاول

الشـــــيء المأجـــــور

يذهب الرأى السائد في الفقه ، بأن الشيء المؤجر من الناحية القانونية الدقيقة ليس هو ذات العين المؤجرة ،بل هو الحق الذى يكون للمؤجر على هذه العيـن . فتارة ـ وهذا هو الغالب ـ يكون للمؤجر على العين المؤجرة حق الملكية ، فيؤجر في هذه الحالـة حق ملكيته . ولما كان حق الملكية يمتزج بالشيء المملوك ويصبحان شيئا واحدا ،لذلك كان المألوف ان يقال ان المؤجر يؤجر العين ذاتها لاحـــق ملكيته فيها .وتارة يكون للمؤجر على العين المؤجرة حق دون حق الملكية . وهذا الحق قد يكون حقا عينيا كحق الانتفاع ، فيؤجر المؤجر حق الانتفاع لاحق الملكية، لانه يملك الانتفاع دون الملكية .وقد يكون هذا الحق حقا شخصيا كحق المستأجر، فيؤجر المؤجر حقه كمستأجر لمستأجر من الباطن في الحالات التي يجوز له فيهـا اجراء مثل هذا التصرف مع الاخذ بنظر الاعتبار موقف قانون ايجار العقار النافذ من حق الايجار من الباطن او التنازل عن الايجار الذى سندرسه تفصيلا .(١)

---

(١) انظر في ذلك : د. السنهورى ـ الوسيط ـ جـ٦ ـ دار النهضة العربيـــة القاهرة ١٩٦٣ ـ ص ١٢٥

المطلب الاول

شروط الشيء المأجور (١)

شروط الشيء المؤجر هي نفس الشروط التي تقتضيها القواعد العامة ،حيث يشترط في الشيء المأجور ان يكون موجودا او ممكن الوجود وان يكون معينا او قابلا للتعيين ، كما يجب ان يكون قابلا للتعامل فيه اى ان التعامل فيه ينبغي ان يكون مشروعا . ويضاف الى هذه الشروط الثلاثة شرط اخر تمليه طبيعة عقد الايجار ، التي تتجلى في التزام المستأجر برد ذات الشيء المؤجر عند انتهاء عقد الايجار ، ولذا يجب ان يكون الشيء المأجور غير قابل للاستهلاك .

اولا ـ وجود الشيء المؤجر :ـ

يجب ان يكون الشيء المؤجر موجودا وقت العقد ، والايجار في ذلك شأنه شأن سائر العقود . وعلى ذلك يكون ايجار الشيء المعدوم باطلا ، فاذا اجر الشخص دارا ظن انها موجودة وهي غير موجودة ، اجر المنتفع حق الانتفاع ثم تبين ان هذا الحق ليس له ، أو أجر المستأجر حقه من الباطن (في الاحوال التي يجوز له فيها ذلك) ثم تبين ان الايجار الاصلي باطل فليس له حق يؤجره ، كان الايجار في جميع هذه الاحوال باطلا لانعدام المحل .

واذا كان الشيء قد وجد ولكنه هلك هلاكا كليا قبل العقد ، كان الايجار باطلا لانعدام المحل ،فاذا أجر شخص دارا وتبين انها احترقت قبل الايجار ،أو أجر المنتفع حق انتفاعه وتبين ان هذا الحق قد انقضى قبل الأيجار ،فأن الايجار يكون باطلا . اما اذا كان الهلاك جزئيا ،بان احترق جزء من الدار مثلا ،فأن الايجار يبطل في هذا الجزء ويبقى صحيحا في الجزء الباقي ، الا اذاتبين ان الايجار

---

(١) للمزيد من التفاصيل راجع : د. السنهوري ـ ج٦ ـ المصدر السابق ـ ص ١٢٦ وما بعدها د. توفيق حسن فرج ـ المصدر السابق ـ ص٢٢٠ ومابعدها. د. العامري ـ المصدر السابق ـ ص٢٢٠ وما بعدها .

ما كان ليتم بغير الجزء الذي احترق فيبطل كله وفقا لنظرية انتقاص العقد (م ١٣٩ مدني عراقي) . (١)

واذا كان الشيء معدوما وقت العقد ، ولكنه ممكن الوجود في المستقبل ،كايجار دار قبل بنائها على ان يبدأ الايجار وقت تمام البناء ، فان الايجار يكون صحيحا، لانه لايشترط ان يكون المحل موجودا وقت التعاقد ، بل يكفي ان يكون ممكن الوجود . ويكون العقد في هذه الحالة مضافا الى اجل واقف ما دام الشيء محقق الوجود .

ثانيا : ــ تعيين الشيء المؤجر

ويجب ان يكون الشيء المؤجر معينا تعيينا كافيا ،فيوصف وصفا مانعا للجهالة . ففي ايجار منزل مثلا ، يجب ان يحدد المنزل تحديدا كافيا بذكر موقعه ورقمه وعدد طوابقه اذا كان الايجار ينصرف الى المنزل كله . وفي ايجار طابق من منزل او شقة في عمارة يجب ان يتحدد رقم الطابق او الشقة . وفي ايجار ارض يجب ان تعين بموقعها ،وحدودها ، ورقمها في السجل العقاري ..الخ .واذا اجر سيارة معينة الذات ،وجبان يبين اية سيارة يؤجرها وان يذكر اوصافها المميزة

وليس من الضروري ان يكون الشيء معينا فعلا بل يكفي ان يكون قابلا للتعيين . فاذا استاجر شخص من آخر مركبة للنقل من صنف معين بأجرة معينة فللمؤجر ان يسلم المستاجر اية مركبة ما دامت من الصنف المتفق عليه وتصلح للغرض المقصود منها . واذا استاجرت مدرسة سيارات لنقل التلاميذ وبين عددهم ، فللمؤجر ان يسلمه سيارات تكون كافية لنقل هذا العدد من التلاميذ وتكون صالحة للنقل . واذا لم يتفق على درجة الشيء من الجودة ،التزم المؤجر بشيء من صنف متوسط .

---

(١) أما اذا هلك الشيء بعد العقد ، سواء كان ذلك قبل التسليم او بعده ،فيجوز للمستأجر في هذه الحالة فسخ العقد او انقاص ــ الاجرة حسب الاحوال كما سنرى ذلك .

ثالثا ـ قابلية الشيء للتعامل فيـه :ـ

يكون الشيء غير قابل للتعامل فيه حينما يخرج عن دائرة التعامل بطبيعتـه او بمقتضى القانون او كان التعامل فيه غير مشروع . ومن المأثور ان مالا يجوز بيعه لايجوز ايجاره ، ولكن يلاحظ بأن هذا القول غير صحيح على اطلاقـه لوجود فارق جوهرى بين عقد البيع وعقد الايجار ، ذلك لان البيع يرد علـى الملكية في حين ان الايجار لايرد الا على المنفعة ، ويتفرع على ذلك ان بعض الاموال التي لايجوز بيعها يجوز مع ذلك ايجارها كالاموال الموقوفة والاموال العامة بالقدر الذى لايتعارض فيه تأجير الأموال الاخيرة مع الغرض الذى خصصت من أجله

وقد يكون الشيء غير قابل للتعامل فيه لان ذلك غير مشروع، وعدم المشروعية يرجع الى مخالفة التعامل للنظام العام أو الاداب ، فايجار المنزل المعد للدعـارة أو لعب القمار يكون باطلا لعدم مشروعية المحل . ويختلف هذا عن حالة المنزل الذى لايكون معدا للدعارة ، ولكن يستأجره الشخص بقصد استعماله للدعـارة أو لعب القمار ،فان العقد يكون باطلا في هذه الحالة لعدم مشروعيـة السبب . والسبب هنا بمعنى الباعث الدافع الى التعاقد متى كانهذا الباعث معلوما للمؤجر .

رابعا :ـ عدم قابلية الشيء المؤجر للاستهـلاك :ـ

يلزم ان يكون الشيء المؤجر غير قابل للاستهلاك . والمقصود بذلك ان الايجار لايمكن ان يرد على الاشياء التي تستهلك من أول استعمال لها ، ذلك ان الايجار ينشيء على عاتق المستأجر التزاما بالمحافظة على الشيء المؤجر ورده في نهايـة المدة المحددة للانتفاع (١) .

ومع هذا فان لارادة الطرفين دخلا في هذا الصدد . فقد يكون الشيء قابـلا للاستهلاك من أول استعمال له ، ومع ذلك يشترط على المستأجر ان يرده بذاتـه عند انتهاء الايجار ، وذلك متى كان القصد من الايجار الانتفاع بالشيء على نحـو يختلف عن الاستعمال الذى اعد له بحسب طبيعته . من ذلك مثلا حالة مـا

(١) أنظر المادة (٧٧١) من القانون المدني العراقي .

اذا استأجر تاجر حبوب علالا من نوع معين موجود لدى المؤجر لكي يعرضهـــا في معرض ثــم يردها الى مالكها بذاتها .

واذا كان الايجار لايرد الا على الاشياء التي لاتهلك من اول استعمال لهــا اى الاشياء التي تقبل الاستعمال المتكررة ، فان بعض القوانين (١) أجازت ايجـــار الاشياء التي تفقد شيئا من قيمتها جراء الاستعمال . يعد هذا وضعا طبيعيــا طالما كان الفقد من قيمة الشيء نتيجة الاستعمال المألـــوف للشـــيء .

المطلـــــب الثانـــــي

نطاق سريان قانون ايجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩

لدراسة نطاق سريان قانون أيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ لابــد مــن معرفة العقارات المستثناه من هذه الاحكام ، نظر لمـا يترتب على هذا الامـر مـن أهمية وآثار وبشكل خاص ما يتعلق بمقدار الاجرة وأسباب التخلية وغير ذلك .

اولا ـ العقارات المشمولــة باحكام قانون ايجار العقار رقم ٨٧ لسنــة ١٩٧٩

نصت الفقرة الاولى من المادة الاولى من قانون أيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ على ما يلي :ـ (تسرى أحكام هذا القانون على العقارات المبنية الواقعة ضمـــن حدود امانة العاصمة والبلديات ويستثنى من ذلك العقارات المملوكة للدولـــة والقطاع الاشتراكي والاشخاص المعنوية العامة ، عدا المعدة منها للسكن فتخضع لاحكام هذا القانون مع مراعاة الاستثناءات الواردة في البندين (ج ، د) مـــن الفقرة (٢) من هذه المادة .) .

ومن هذا النص نفهم أن احكام هذا القانون تسرى على العقارات المبنية الواقعة ضمن حدود أمانة العاصمة بالنسبة لمحافظة بغداد (١) والبلديات بالنسبة لبقيــة

---

(١) انظر المادة (٥٣٤) من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

(١) الغيت محافظة بغداد والوحدات الادارية المرتبطة بها ضمن حدود مدينة بغداد (حدود امانة العاصمة) بموجب قرار مجلس قيادة الثورة المرقم (٤٣٠) فـي ١٩٨٧/٦/١٧ وحلت محلها امانة بغداد وتم توزيع الوحدات الادارية (خارج حدود أمانة العاصمة) على المحافظات المجاورة لمدينة بغداد .

المحافظات الاخرى بما في ذلك العقارات التي تستأجرها او تؤجرها الدولة او الاشخاص المعنوية العامة ٠

وبموجب هذا النص تسرى أحكام القانون على العقارات المشيدة الواقعة ضمن حدود امانة بغداد والبلديات ، اى انها لاتسرى على الاراضي ((ما دامت غير مبنية)) ٠ والبساتين حتى وان كانت تقع داخل تلك الحدود ٠ كذلك لايسرى النص على العقارات المشيدة الواقعة خارج تلك الحدود المشار اليها في النص ٠ والوقوف على حدود أمانة بغداد والبلديات يتم بالرجوع الى الخرائط الخاصة بالامانة او البلديات المعنية وفي حالة تعديل حدود اى منهما يلزم الرجوع الى القرارات الصادرة بهذا الشان للتثبت من حدود أمانة بغداد او حدود البلدية ٠

ويقصد بالدولة كافة الاجهزة كالوزارات والشركات والمنشآت والمديريات العامة وغيرها سواء كانت مدنية او عسكرية ٠ اما الشخصية المعنوية فهو مصطلح يطلق على مجموعة من الاشخاص تستهدف غرض معين ، او مجموعة من الاموال تخصص لغرض معين ٠ ويعترف القانون لهذه المجموعة بالشخصية القانونية المقررة للانسان وتصبح اهلا لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات٠(١)

وقد راعى المشرع بنص الفقرة (١) من المادة الاولى من قانون ايجار العقار صفة المأجور وجعلها محل الاعتبار الرئيسي لتحديد مجال تطبيق القانون ،فاخضع لاحكامه العقارات المعدة للسكن التى تؤجرها او تستأجرها الدولة او الاشخاص المعنوية العامة ٠فحكم النص يقتصر على العقار المخصص للسكن اى العقار الذى هيىء ليكون سكنا واعد لذلك بطبيعته وقت البناء حتى لو استعمل في غرض اخر غير السكن ، اذ ان العقار الذى يصلح بطبيعته لان يكون مسكنا يصلح في الوقت ذاته لاغراض اخرى كأن يكون مدرسة او مستشفى او ملجأ او مؤسسة خيرية او مكتبا لمحام او عيادة لطبيب او فندقا ٠٠٠٠ الخ ٠

---

(١) للمزيد راجع : م ٤٧ ـ ٤٩ مدني عراقي ٠د٠ شاب توما منصور ـ القانون الادارى ـ الكتاب الاول ـ ط١ ـ دار العراق للطبع والنشر ، ١٩٧٩ ـ ١٩٨٠، ص ٧٢ وما بعدها ٠

اما العقارات التي لم تهيأ لتكون مسكنا ولـم تعد بطبيعتها لذلك وقت البنـاء كالحوانيت والحمامات والمخازن والمطاحن والمقاهي والكراجات والمكاتب والمعاصر والمدارس والمعامـل وغيرها فلا تخضع لحكم النص .

وما تملكه الدولة (كشخصية معنوية) من عقارات مبنية ، اما ان تملكها ملكية خاصة كما يملك الافراد اموالهم فيكون لها التصرف فيها بسائـر الوجوه التـي يتصرف فيها الافراد في اموالهم ولكن في حدود المصلحة العامة ، وأما ان تكـون اموالا مخصصة للمنفعة العامة بالفعل او بمقتضى القانون . ان النوع الاول مـن امـلاك الدولة هو الذي ينضوي تحت مفهوم النص القانوني دون امـلاك الدولة المخصصة للمنفعة العامة ، فاذا اجرت الدولة او احدى المصالح الحكوميـة دارا لاحـد الافراد فان حكم النص يشمل أيجار هذه الدار اما العقارات المبنيـة والتي تعتبر من الاموال العامة فلا يجوز التصرف فيها وانما يجوز اعطاء منفعتهـا الى شخص في مقابل جعل معين باتجاه تحقيق المصلحة العامة بعيدا عن المضاربـة والاستغلال . ولا يجوز للمنتفع هنا ان يتمسك بأحكام قانون الايجار (كتمسكـه مثلا بالامتداد القانوني للعقد بعد انتهاء مدته) بل يجوز للجهة الادارية المرخصـة اخراجه في اى وقت ولو قبل وقت انقضاء مدة الترخيص الاصلي متى اقتضـت المصلحة العامة ذلك .(١) .

ثانيا ـ العقارات المستثناه من آحكام قانون ايجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩

استثنى قانون ايجار العقار وعلى سبيل الحصر بعض العقارات من أحكامـه وحددها في الفقرة الثانية من المادة الاولى منه ولذلك لايجوز استثناء عقارات اخرى غير ما ورد في هذه الفقرة ، كما لايجوز اتفاق المتعاقدين على استثناء عقار اخـر من أحكام هذا القانون والعقارات المستثناه هي :ـ

١ ـ دور السينما والملاهي والفنادق ومحلات شرب الخمور والعقارات التـي تستأجرها الشركات الخاصة التي يزيد رأسمالها على خمسين الف دينار .
وقد نظـر المشرع في ذلك الى الارباح الوفيرة التي يجنيها مستأجر هـذه

---

(١) راجع بحثنا الموسوم ((ملاحظات في قانون ايجار العقار رقـم ٨٧ لسنـة ١٩٧٩ المعدل)) المشار اليه سابقا ـ ص ٢٢٤ وما بعدها .

العقارات ،مضافا الى ذلك العناصر الاخرى التي تتدخل في العلاقة الايجارية وضرورة ترك أمر تحديد العلاقة بين الطرفين الى القوانين الخاصة بهـا والقانون المدني (١) ويقصد بمحل شرب الخمور ، المحل الـذي يقـدم المشروبات الكحولية الى الرواد . امـا دكاكين بيع المشروبات فـلا يشملها النص وبالتالي فهي خاضعة لاحكام القانون ٠(٢) ويستثنى أيضـا من احكام القانون كل عقار تستأجره شركة خاصة (اهلية) عراقية كانـت أم أجنبية بصرف النظر عن نوعها وسواء كان الغرض من ايجار العقـار جعلة مقرا للشركة او لسكن العاملين فيها او لاتخاذه كمخزن لموادها ٠٠٠ الـــخ ٠

وهذا يعني ان الشركة المستأجرة اذا كان راسمالها يقل عن خمسين الـف دينار او كان خمسون الف دينار بالتمام فانها تعد غير مستثناه من احكام قانون ايجار العقار (٣) علما بأن هذا الاستثناء يقتصر على حالة استجـار الشركة للعقار ولا يشمل حالة أيجار ملكها للغير ٠٠ (٤) ٠

واستثنى القانون مؤقتا العقارات المعدة للسكن المبنية حديثا لمـدة ثلاث سنوات من تاريخ اكمال بنائها تشجيعا لاصحاب الاموال على استغلالهـا في انشاء هذه العقارات معاونة من القطاع الخاص في العمل على حل مشكلة السكن(٥) ويجب ملاحظة ان العقارات المبنية حديثا لاتستثنى من احكام القانون الا اذا كانت معدة للسكن كالدور والشقق ٠ اما الحوانيت والمحلات وغيرها من العقارات التي لم تكن معدة للسكن فهي تخضع للقانون حتـى وأن كانت مبنية حديثا ولـم تمض عليها اكثر من ثلاث سنوات ٠ ويجرى احتساب مدة الاستثناء المشار اليها من تاريخ اكمال بنـاء العقار ، استنادا الى الكشف الذى تجرية دائرة ضريبة العقار وشهادة الاعفاءمن الضريبة التي

---

(١) الفقرة الثالثةمن المذكرة الايضاحية لقانون ايجار العقاررقم ٨٧ لسنة١٩٧٩٠

(٢) م١/ف٢ من تعليمات ايجار العقاررقم (٦) لسنة ١٩٧٩ ٠

(٣) المحامي سعد خليل الراضي ــ شرح قانون ايجار العقار ــ ط١ ــ ١٩٨٣ ــ ص ٦ــ٧ ٠

(٤) كاظم الشيخ جاسم ــ قواعد ايجار العقار ــ ص ٥٣ ــ ٥٤ ٠

(٥) الفقرة الثالثة من المذكرة الايضاحية ٠

تصدرها الدائرة وفق قانون ضريبة العقار رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٩ المعدل بالقانون رقم (٣٣) لسنة ١٩٧٩ . ويعتبر يوم اكمال البناء اليوم الذى تسدد فيه رسوم ايصال القوة الكهربائية . (١)

٣ - كما يستثنى القانون العقارات المعدة للسكن التي تؤجرها الدولة اوالاشخاص المعنوية للعاملين فيها ، لان طبيعة العلاقة بين المنتفعين بهذه العقارات وبين الدولة والاشخاص المعنوية العامة تقتضي وضع قواعد خاصة لتحديد الاجرة على مقدار الراتب والمخصصات وكيفية استيفائها وكذلك قواعد الانتفاع بالمأجور ومدة البقاء فيه الى غير ذلك (٢) فقد جرت بعض الوزارات والمصالح الحكومية الاخرى والاشخاص المعنوية العامة على انشاء مساكن لموظفيها وعمالها ، الذين يعملون في المنشآت التي تقيمها كالمحطات والمعامل والمصانع وغيرها، بقصد التيسير عليهم وحتى توفر لهم قسطا من الاطمئنان في معيشتهم تمكنهم من اداء الاعمال والواجبا المنوطة بهم على أكمل وجه .
ونظرا الى ان اخضاع العلاقات التي تقوم بين الوزارة وموظفيها في هذه المساكن لقانون أيجار العقار يفوت الحكمة من انشائها ، اذ يترتب على احكام القانون الاخير ان يتمسك بعض الموظفين او العمال بالبقاء في هذه المساكن حتى بعد نقلهم من عملهم الذى من أجله صرح لهم بالاقامة في هذه المباني ، أو بعد انتهاء الخدمة لاى سبب من الاسباب ، الامر الذى ينجم عنه صعوبة ايجاد مساكن لمن يحل محلهم من الموظفين او العمال ، علاوة على الاختلاف الواضح في العلاقة التي تقوم بين الوزارة وموظفيها في شأن هذه المساكن وتلك التي تقوم بين الافراد مؤجرين ومستأجرين ، لان الموظفين والعمال لايشغلون هذه المساكن بموجب ايجار حتى تسرى عليهم هذه التشريعات الخاصة ، بل بموجب عقد اداري يخضع لنظام الترخيص الاداري (٣)

---

(١) انظر : حسن عداى الدجيلي ـ شرح قانون أيجار العقار ـ ط١ ـ ١٩٨٣ ـ ص٩ ، كاظم الشيخ جاسم ـ نفس المصدر ، ص ٥٤ .
(٢) الفقرة الثالثة من المذكرة الايضاحية .
(٣) كاظم الشيخ جاسم ـ المصدر السابق ـ ص ٥٥ ـ ٥٧ .

ومن القوانين والانظمة والتعليمات التي تنظم تأجير هذه العقارات قانون بيع وايجار أموال الدولة رقم ٣٢ لسنة ١٩٨٦ المعدل ونظام التصرف بعقارات الادارة المحلية رقم (٦) لسنة ١٩٦٥ ونظام أيجار عقارات مصلحة سكك حديد الجمهورية العراقية رقم ٣٩ لسنة ١٩٦٦ ، ونظام المزايدات والمناقصات رقم (٤٥) لسنة ١٩٦٩ الخاص بالاوقاف والتعليمات عدد (١) لسنة ١٩٦٩ الصادرة بشأن تطبيقه والتعليمات عدد (١) لسنة ١٩٧٢ الخاصة ببيع وأيجار عقارات البلديات ·

٤ ـ العقارات المعدة للسكن التي تؤجرها الدولة أو الاشخاص المعنوية العامة التي يصدر وزير المالية بيانا باستثنائها ·

أجازت الفقرة (د) من المادة الاولى من قانون ايجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ لوزير المالية ان يصدر بيانا يستثنى فيه من احكام هذا القانون بعض العقارات المعدة للسكن التي تؤجرها الدولة او الاشخاص المعنوية العامة التي تقضي طبيعة استغلالها او الانتفاع بها ان توضع قواعد خاصة لايجارها وتحديد أجرتها وتعيين حقوق والتزامات مستأجرها . كالدور والمباني الاخرى التي تشيدها دائرة المصايف والسياحة وما شابه ذلك · وتطبق في هذه الحالة أحكام القوانين الخاصة وأحكام القانون المدني عند افتقاد النصوص الخاصة ·(١) ويذكر ان قوانين الايجار الخاصة السابقة على القانون النافذ كانت خالية من نص مشابه (٢) ·

٥ ـ العقارات المؤجرة للاجانب أشخاصا او هيئات :ـ

كذلك استثنى البند (هـ) من الفقرة (٢) من المادة الأولى من قانون أيجار العقار العقارات المؤجرة للاجانب اشخاصا او هيئات · ويدخل في هذا المدلول الشركات والسفارات والقنصليات والمنظمات وما شابهها ·

---

(١) انظر الفقرة (٢) من المذكرة الايضاحية لقانون ايجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ ·

(٢) د· عصمت عبد المجيد بكر ـ شرح قانون أيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ـ ط١ ـ مطبعة شركة التايمس ـ بغداد ص٤٣ ·

ويظهر من النص بأن كل عقار سواء كان معدا للسكن او غير السكن هو مستثنى من أحكام قانون ايجار العقار النافذ مادام العقار مستأجرا من أجنبي شخصا او هيئة . كذلك فأن لفظ (الاجنبي) لايشمل رعايا الدول العربية ،وبهذا فان نصوص هذا القانون تطبق على كل من يحمل جنسية أحد الدول العربية ويعامل في ذلك معاملة العراقي باستثناء الذين يعملون في الممثليات الدبلوماسية او القنصلية او الهيئات والمنظمات الدولية او الاقليمية او العربية (١) ،لان الهدف الرئيس لهذا القانون هو حماية المواطنين المستأجرين ،ولان العاملين في الممثليات الدبلوماسية وغيرها يتمتعون بمزايا عالية لايتمتع بها الفرد العربي العادي المقيم في العراق ،فهم ليسوا بحاجة لحماية هذا القانون (٢) .

ولما كانت العقارات المذكورة فيما تقدم مستثناة من أحكام قانون أيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل ،فان العقود التي تنظم بشأنها تخضع لاحكام القانون المدني والقوانين الخاصة التي تنظمها .

وقد اضيف استثناء جديد من قانون أيجار العقار النافذ الى الفقرة (٢) من المادة الاولى بموجب القانون رقم (٤٩) لسنة ١٩٩٠ (٣) الذي جاء فيه .

المـادة الاولى :ـ

يضاف ما يأتي الى الفقرة (٢) من المادة الاولى من قانون أيجار العقار المرقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ ويعد (و) بندا لها .

و ـ العقارات او الشقق المعدة لغير اغراض السكن والعقارات او الشقق المعدة للسكن المؤجرة لغير أغراض السكن كالمكاتب والدوائر والمدارس والاقسام الداخلية او النوادي .

---

(١) ، (٢) الفقرة الثالثة من المادة الاولى من قانون أيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ .

(٣) المنشور في الوقائع العراقية العدد ٣٣١٩ في ١٩٩٠/٨/٦ .

المـادة الثانية :ــ

تحذف الفقرة (ج) من البند (١) من المـادة الرابعة من القانون ويحذف ما يتعلق بها حيثما ورد في القانون (١)

المادة الثالثـة :ــ

تحذف الفقرة (٢) من المادة (٢٣) ويحل محلها ما يأتي :ــ

٢ ــ أ ــ يعاقب بالحبس مدة لاتقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد على سنتين وبغرامة لاتقل عن مئتي دينار ولا تزيد على الف دينار او بأحدى هاتين العقوبتين كـل مؤجر لم يودع نسخة من عقد الايجار الذي ابرمه مع المستأجر لدى ضريبة العقار خلال المدة المحددة بالفقرة /٤ من المادة السابعة من هذا القانون .

ب ــ تسري أحكام الفقرة (أ) اعلاه على مؤجري العقارات المذكورة في الفقـرة (٢) من المادة الاولى من هذا القانون .

المـادة الرابعة :ــ

ينفذ هذا القانون بعد مرور سنة من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية

ان الاسباب التي دفعت المشرع الى هذا التعديل هو ان الكثير من مستأجري المحلات التجارية قداستغلوا قانون ايجار العقارالنافذ وتمسكوا بالايجارات القديمة كما سيشجع هذا التعديل الحركة العمرانية في القطر وخصوصا البنـاء العمودي فضلا عن المردود المالي والاقتصادي والحد من التهرب الضريبي بما يدعم ميزانية الدولة (٢)

وبهذا التعديل ستخضع العقارات المشار اليها في الفقرة (و) اعلاه لمبـدأ العقد شريعـة المتعاقديـن الـذي تنظمه احكـام القانـون المدنـي .

---

(١) علما بان الفقرة (ج) اعلاهحددت نسبة ٨٪ منالقيمة الكلية بالنسبة للعقارات الواردة في المادة الاولى من هذا القانون .

(٢) أنظر الاسباب الموجبة للتعديل .

المبحـــــث الثاني

الاجـــــرة

تعرف الاجرة بانها المال الذى يلتزم المستأجر بتقديمه للمؤجر مقابـــل التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالمأجور • والاجرة على هذا الاساس تعد محل التزام المستأجر ويشترط فيها ان تكون موجودة ومعينةاو قابلة للتعيين ومشروعة اى مما يجوز التعامل فيها (١) •

وفي ضوء احكام القانون المدني تكون الاجرة عادة من النقود تدفع مرة واحـدة او على شكل اقساط في مدد متساوية ، ولكنها خلافا للثمن في عقد البيع ، يجـوز ان تكون اى مال اخر كجزء من المحصول او الانتفاع بشيء أخر مقابـــل الانتفاع بالعين المؤجرة • كما يجوز ان تكون الاجرة بناء يقيمه المستأجر في العين المؤجـرة ويصبح ملكا للمؤجر عند نهاية عقد الايجار ، او تحسينات يدخلها المستأجر على العين وقد تكون الاجرة بضاعة تدفع جملة واحدة او على عدة دفعات • ولهـــذا نصت المادة (٧٣٦) من القانون المدني العراقي على انه ((يصح ان تكون الاجرة نقودا ،كما يصح ان تكون اى مال أخر)) • ومن الممكن ان يتفق على ان تكـــون الاجرة مبلغا من النقود وشيئا اخر ، كأن تؤجر الارض لقاء مبلغ معين وكميـــة معينـــة من المحصـــول •

ويشترط في الاجرة ان تكون جدية او حقيقية ، تنصرف فيها ارادة الطرفيـــن الى التزام المستأجر بأداء أجرة معينة نظير انتفاعه بالمأجور • أما الاجرة البخســة وهي التي يكون فيها غبن فاحش فأنها لاتمنع من صحة الايجار الا اذا كان الغبن الذى لحق بأحد الطرفين ناشئا عنتغريره كما يجوز للمتعاقدالذى استغلت حاجته او طيشه او هواه او ضعف أدراكه او عدم خبرته فرضي بأجرة بخسة ان يطالب برفع الغبن عنه الى الحد المعقول وذلك في خلال سنة من أبرام عقد الايجـــار مـع ملاحظة ان ايجار اموال الدولة او الوقف او المحجورين بأجرة بخسة يجعل العقد

---

(١) السنهورى ــ الوسيط ــ جـ٦ ــ المصدر السابق ــ ص ١٥٨ •

باطـــلا (١) ·

واذا كان الاصل في القانون المدني العراقي ان يتفق المتعاقدان على تحديــــد الاجرة ، فان قانون أيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل ، (وبقدر ما يتعلــق الامر بالعقارات الخاضعة لاحكامه) قدوضع نسبا ثابتة في المادة الرابعة فيه لايجوز الاتفاق على خلافها . حيث حاول المشرع هنا حماية المستأجر من الارتفاع الكبير الذي حصل على بدلات الايجار ·

وازاء ذلك سنقسم هذا المبحث الى مطلبين يتناول الاول منهما تحديد الاجــرة في القانون المدني العراقي بينما يخصص الاخر لبيّان موقف قانون أيجار العقــار من تحديد الاجرة والنسب القانونية التي وضعت لها ·

المطلــب الاول

اولا :ـ تحديد الأجرة في القانون المدني العراقي

الاصل ان يتفق المتعاقدان على تحديد الاجرة التي يلتزم المستأجر بأدائهـا او ان يتفقا على الاسس التي تحدد بمقتضاها · وتختلف طريقة تعيينها باختــــلاف طبيعتها · فأذا كانت الاجرة من النقود تحددت بمقدارها ، واذا كانت شيئا معينا بذاته تتعين ببيان هذا الشيء بيانا نافيا للجهالة ، وتحديده تحديدا كافيا · واذا كانــت الاجـــر نصيبا او قـــدرا مــــن المحصول او المنتجـات التـــــي يغلها الماجور فانه يجب ان تتحد النسبة على نحو واضح ·واذا كان عملا معينــــا يجب ان يتحدد هذا العمل تحديدا كافيا كذلك ·

واذا لـــم يعين الطرفان الاجرة على النحو السابق ، فأنه ينبغي ان يعينـــــا الاسس التي يتم تقديرها بموجبه ، حيث لاتتدخل الارادة بعد ذلك فيتحديد مقدار الاجرة او مداها او طبيعتها · وقد يتفقان على ان تكون الاجرة نسبةمن الربح او الدخل اليومي للعمل على أساس نسبة معينة من دخل المستاجر · كما قد يترك

---

(١) د· العامري ـ المصدر السابق ـ ص ٢٢٤ ·د· توفيق حسن فرج ـ المصدر السابق ـ ص ١٦٠ ·م ١٢٤ من القانون المدني العراقي ·

الطرفان تعيينها لشخص ثالث على نحو ما يتم في حالة تعيين الثمن في البيع الذى لاحظناه عند دراستنا لعقد البيع . ولكن لايصح ترك تحديد الاجرة لمطلق ارادة المؤجر او المستأجر ، لكي لايوضع احدهما تحت رحمة الاخر (١) .

ومن الاسس التي يمكن اعتمادها لتقدير الاجرة في القانون المدني العراقي ما اوردته لنا المادة (٧٣٨) التي اشارت الى الحالات التي يمكن الاخذ فيها بأجرة المثل اذا لم يتفق المتعاقدان على مقدار الاجرة او على كيفية تقديرها . او اذا

تعذر اثبات الاجرة المدعى بها . ولا شك بأن حكم هذه المادة لايشمل حالة عدم استطاعة المتعاقدين الاتفاق على مقدار الاجرة ،اى اختلافهما بشأن ركن من اركان عقد الايجار مما يعد معه العقد باطلا ، ولكنه يشمل حالة اغفال الاتفاق على الاجرة او أسس تقديرها ، كما يشمل حالة الاتفاق على الاجرة مع تعذر اثبات ذلك لاى سبب من الاسباب (٢) .

وفي تحديد الايجار يجوز تحديد الاجرة عن كامل مدة الايجار او عن الفترات التي شملها عقد الايجار كأجرة الساعة او اليوم او الشهر او السنة او الموسم الزراعي . والاصل ان تتساوى الاجرة عن جميع مدة الايجار ولكن لا يوجد ما يمنع من ان تتفاوت الاجرة في مدة عنها في الاخرى . فيجوز مثلا ان تكون اجرة السنة الاولى اعلى من اجرة السنوات التالية ، وكثيرا ما يحصل ان تكون اجرة غرف الفنادق في الليالي الاولى اعلى من اجرة الليالي اللاحقة ، خصوصا اذا اتفق النزيل على البقاء في الفندق مدة طويلة على سبيل الاقامة فيه . وقد تكون كذلك أجرة الاراضي الزراعية بحسب وفرة المحصول اوقلته،وهذا مايطلق عليه ترديد الاجرة على اكثر من صورة واحدة ، وهو ما اشارت اليه فعلا المادة (٧٣٧) من القانون المدني العراقي (٣)

---

(١) راجع : د. توفيق حسن فرج ـ المصدر السابق ـ ص ١٦٣ .

(٢) د. العامرى ـ المصدر السابق ـ ص ٢٢٧ ، د. الصراف ـ المصدر السابق ص ٣٤٥ .

(٣) د. العامرى ـ المصدر السابق ـ ص ٢٢٦ ، د. السنهورى ـ الوسيط ـ جـ٦ـ ص ١٦٣ ، ١٦٧ .

ثانيا ـ اثبات دفع الاجرة

من الالتزامات الاساسية التي تلقى على عاتق المستاجر ضرورة دفعه للاجرة المقررة اتفاقا او قانونا في مواعيدها المحددة ٠ الا ان النزاع قد يحصل بين الاثنين بشأن دفع او عدم دفع هذه الاجرة ٠ ولم يخف هذا الامر على المشرع الذى وضع النصوص القانونية اللازمة للتصدى له حسما للنزاعات المتوقعة ٠ ولما كان المستاجر هو المكلف بدفع الاجرة فهو مكلف أيضا باثبات دفعها طبقا للقواعد العامة ٠ كما ان قيام المستأجر بتسديد قسط من الايجار يعتبر قرينة على تسليمه للاقساط الشهرية السابقة (المادة ٧٦٩ مدني عراقي)، لان من المعروف ان المؤجر لايستلم أجرة شهر لاحق دون ان يكون قد أستلم أجرة الشهر السابق ، الا ان ذلك يعد قرينة قانونية قابلة لاثبات العكس ، وهذه هي مهمة المؤجر الذى يستطيع اثباتذلك بالشهادة عندما يكون القسط او البدل لايتجاوز الخمسين دينارا ،في حين ان القسط الذى يجاوز الخمسين دينارا لا يجوز للمؤجر ان يثبت عدم تسديده بالشهادة ما لم يوجد أتفاق او قانون يقضي بخلاف ذلك (م ٧٧ من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٧) ٠

ومن الجدير بالذكر بأن المستاجر غير ملزم بحفظ الوصولات التي تؤيد تسديده للاجرة بعد مضي خمس سنوات عليها ، حيث تسقط الاجرة عنه بالتقادم بانتهاء السنوات الخمس بالاستناد الى المادة (٤٣٠) مدني عراقي بأعتبار الاجرة حقا دوريا متجددا ٠ ويعتبر أبتداء المدة المقررة لعدم سماع الدعوى من اليوم الذى يصبح فيه الالتزام مستحق الاداء (م ٤٣٤ مدني عراقي) ،فسريان التقادم للاجرة يبدأ من وقت حلولها ٠ ولا تقضي المحكمة من تلقاء نفسها وتمتنع عن سماع الدعوى لمرور الزمان بل يجب ان يكون ذلك بناء على طلب المدين (م ٤٤٢ مدني عراقي) ٠

المطلب الثاني

تحديد الاجرة في قانون ايجار العقار

حينما نتكلم عن تحديد بدلات الايجار في ضوء أحكام قانون ايجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ فاننا نقصد بذلك تلك العقارات التي تسرى عليها أحكام هذا القانون والمذكورة في المادة الاولى منه ،ونتيجة لدراسة النواحي الاقتصادية والاجتماعية وضع قانون ايجار العقار قواعد المادة الرابعة منه وكما يلي :ـ

أ ـ ٥٪ من القيمة الكلية في العقارات او الشقق المعدة للسكن المؤجرة لهذا الغرض (المادة ٤/ فق أ) . ومن هذا النص ندرك ان نسبة ٥٪ من القيمة الكلية هي الحد الاعلى الذى يجوز ان تصله الاجرة السنوية للعقارات والشقق المعدة للسكن المؤجرة لهذا الغرض . فاذا كان العقار دارا او شقة مؤجرة للسكن وقدم المؤجر عقد الايجار الى دائرة ضريبة العقار المختصة لتأييده وفق أحكام القانون فعليه ان يقدم طلب تقدير القيمة العمومية للعقار لتتولى اللجان المختصة مهمة التقدير فاذا كان المأجور دارا فان بدل أيجارها الشهرى يحتسب وفقا للمعادلة التالية :ـ

القيمة الكلية = قيمة الارض + قيمة البناء

$$\text{بدل الايجار الشهرى للدار} = \frac{\text{القيمة الكلية للدار} \times \frac{٥}{١٠٠}}{١٢}$$

أما اذا كان المأجور شقة معدة للسكن فيجرى احتساب بدل أيجارها الشهرى على الوجه التالي :ـ

$$\text{القيمة الكلية للشقة} = \frac{\text{قيمة الارض} + \text{قيمة البناء}}{\text{المساحة الكلية لجميع الطوابق}} \times \text{مساحة الشقة}$$

$$\text{بدل الايجار السنوى للشقة} = \text{القيمة الكلية للشقة} \times \frac{5}{100}$$

$$\text{بدل الايجار الشهرى} = \frac{\text{بدل الايجار السنوى}}{12}$$

ويقصد بالقيمة الكلية مجموع قيمة الارض والبناء وقت التقدير الـــــذى تجريه السلطة المالية ممثلة بلجان التقدير المشكلة في دوائر ضريبة العقار، حيث يتخذ هذا التقدير أساسا في تعيين الحدود العليا للاجرة • كمـا وان جانب العدالة يتطلب اخذ وقت تقدير القيمة الكلية للماجور بنظر الاعتبار، ولذلك فقد اخذ بقيمة البناء عند اجراء التقدير لا قيمته عنـــد البناء ، لان وقت التقدير هو وقت الانتفاع بالعقار ولاعبرة لوقت البناء نظرا لما يحصل فيه من اندثار وترميم واصلاح • كذلك الحال بالنسبة للارض وتقديــــر قيمتها في وقت أجراء التقدير لما قد يحصل في هذه القيمة من أختلاف قـــد يكون كبيرا ، مع أخذ قيمة العملة وهبوطها وأرتفاع أسعار المواد وأجــــور العمل او انخفاضها بنظر الاعتبار

من ناحية أخرى يراعى في تقدير قيمة العقارات موقعها ومساحتها ومرافقها وعدد الطوابق والمشتملات فيها ودرجة عمرانها والمـواد الانشائية التــــي استخدمت فيها ومساحة الارض التي يشيد عليها العقار ومغروساتهـــــا وغير ذلـــــك •

ووفقا لكل هذه المعايير المتقدمة اذا كان الناتج بقدر بـدل الايجار السنوى المثبت في عقد الايجار الموقع من قبل الطرفين (المؤجر والمستأجر) او يزيـد عليه فيثبت البدل في العقد نفسه باعتباره غير متجاوز النسبـــة المحـددة قانونا ، أما اذا كان الناتج اقل من البدل السنوى المثبت في العقد صحيحـة في الاخيرالى مـــا يساوى الناتج المعتمد من قبل لجنة التقدير وفق الحسابات الاجرة على اكثر من صورة واحدة ،وهو ما اشارت اليه فعلا المادة (٧٣٧) مـــن مع أحتفاظ المؤجر بحقه في الاعتراض على قرار لجنة التقدير لدى لجنـــة

التدقيق . أما اذا كانت أجرة العقارات تقل عن النسب المحددة قانونا في المادة الرابعة ، فتبقى على حالها دون زيادة لان الاجرة في العقود المذكورة كان قد استقر التعامل عليها ونظم الطرفان اوضاعهما المالية وميزانية ما العائلية على اساسها (١) ومما تجدر الاشارة اليه أن تخفيض بدلات الايجار المشار اليه في الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون أيجار العقار لايسري على العقارات المشيدة حديثا خلال مدة استثنائها من احكام القانون (٢)

ورغبة من الدولة في انصاف اصحاب العقارات التي أستاجرتها منهم قبل تاريخ ١/١/١٩٧٥ . حيث كانت الاجرة منخفضة عنها بعد هذا التاريخ بسبب ارتفاع قيمة العقارات فقد قضى القانون في البند (ب) من الفقرة (٢) من المادة (٤) بزيادة أجرة هذه العقارات الى النسب الوارد ذكرها في الفقرة (أولا) . وواضح من ذلك ان القانون قد ميز بين الدولة بصفتها مستأجرا وبين الافراد المستأجرين فحملها وحدها زيادة الاجرة في العقود المذكورة (٣)

ب – ٧٪ من القيمة الكلية في العقارات او الشقق المؤجرة على شكل غرف للسكن . والملاحظ هنا ان المشرع لم يشترط ان تكون هذه العقارات معدة أصلا للسكن بل أشترط ان تكون مؤجرة على شكل غرف للسكن اعمالا للنص . كذلك فان المشرع زاد في نسبة الاجرة السنوية فجعلها ٧٪ من القيمة الكلية، لان العقار الذى يؤجر على شكل غرف للسكن يكون معرضا للاندثار السريع والتهديم الذى يستوجب أجراء الترميمات المستمرة بسبب كثافة الاستعمال فيه (٤)

---

(١) وهذا ما لا نفضله لانه ياخذ مصلحة المؤجر بنظر الاعتبار ، علما بأن غاية المشرع دائما السعي وراء أحداث التوازن التعاقدى بين المؤجر والمستأجر، فلا يعقل ان تبقى بدلات الايجار المنخفضة على حالها ، على الرغم من التغيير الكبير الذى حدث في الاسعار وقيمة العملات في كافة انحاء العالم ، فاذا كانت مصلحة المستاجر جديرة بالحماية فان مصلحة المؤجر يجب أن تعتبر كذلك .

(٢) ، (٣) ،(٤) – راجع : الفقرة الخامسة من المذكرة الايضاحية لقانون أيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ .

هذا وقد اوضحت الفقرة (ب) من المادة الخامسة من التعليمات رقـــم (٦) لسنة ١٩٧٩ كيفية احتساب القيمة الكلية للغرفة المستأجرة وكما يلـي :ـ

القيمة الكلية للغرفة = (قيمة الارض + قيمة البنـــــاء) / المساحة الكليـــة × مساحة الغرفة

الاجرة السنوية للغرفة = القيمة الكلية للغرفة × ٧ / ١٠٠

بدل الايجار الشهري للغرفة = الاجرة السنوية للغرفة ÷ ١٢

ج ـ ٨٪ من القيمة الكلية في العقارات والشقق المعدة لغير اغراض السكن او فـي العقارات او الشقق المعدة للسكن المؤجرة لغير اغراض السكن كالمكاتـــب والدوائر والمدارس والاقسام الداخلية والنوادي . وهذا النص يشمـــــل نوعين من العقارات :ـ

١ ـ العقارات والشقق المعدة لغير اغراض السكن ، اي العقارات ـ والشقق في العمارات غير المبنية للسكن والاستقرار العائلي وانما شيدت في الاصـل للاستعمالات الاخرى غير السكن كالحمامات والمقاهي والدكاكين .

٢ ـ العقارات والشقق في العمارات المعدة في الاصل للسكن ولكنها مؤجـــرة لاغراض أخرى غير السكن ، كاتخاذها مقرات ومكاتب للدوائر الرسميـــة والاقسام الداخلية والنوادي مثلا .

وبالنسبة لنوعي العقارات المذكورة في الفقرتين اعلاه ، تعتبر نسبة (٨٪) من القيمة الكلية هي الحد الاعلى ، فاذا كانت الاجرة السنوية تزيد عـــن هذه النسبة فتخفض لتصل الى هذا الحد أمـا اذا كانت تقل عنها فتبقـــى على حالها دون تعديل او تغيير ، ولكن اذا كانت الدولة او أحد الاشخاص المعنوية العامة مستأجرة للعقار او الشقة قبل ١٩٧٥/١/١ فتزاد الاجـرة السنوية لتصل الى نسبة (٨٪) من القيمة الكلية وتسرى الزيـادة اعتبارا

من تاريخ صدور قرار لجنة التقدير ٠ (١) ٠

٩ومما تجدر الاشارة اليه انه في حالة استملاك المأجور فليس لمستاجر العقار المستملك الاستمرار باشغاله بعد استملاكه بنفس الاجرة السابقة استنادا لقانون ايجار العقار باعتبار ان تبدل المالك لايغير مقدار الاجرة ، ذلك لان المادة (١٦) من قانون الاستملاك رقم (١٢) لسنة ١٩٨١ نصت على تحرر العقار المستملك من الحقوق التي عليه ٠ لذلك يكون للمستملك حق مطالبة المستاجر بأجر المثل من تاريخ صدور حكم الاستملاك (٢) ٠كذلك فقد منع القانون المؤجر او المستأجر او الوسيط أو اى شخص آخر من الحصول على اى مال أو منفعة خارج نطاق عقد الايجار المبرم وفق أحكام قانون ايجار العقار ولا يشمل ذلك ما يستحقه الدلال المجاز من اجر (٣) ٠ويعاقب المؤجر او المستاجر او الوسيط او اى شخص آخر حصل على مال او منفعة خارج نطاق عقد الايجار المبرم وفق أحكام القانون بالحبس مدة لاتقل عن ثلاثة اشهر ولا تزيد على سنتين وبغرامة لاتقل عن مائة دينار ولا تزيد على خمسمائة دينار أو باحدى هاتين العقوبتين (٤)

---

(١) راجع المادة (٧) من التعليمات عدد (٦) لسنة ١٩٧٩ ٠د٠ عصمت عبد المجيد بكر شرح قانون ايجار العقار ــ المصدر السابق ــ ص ٥١ ــ ٥٢ ٠

هذا وقد حذفت الفقرة (ج) من البند (١) من المادة الرابعة بموجب تعديل قانون ايجار العقار بالقانون رقم (٤٩) لسنة ١٩٩٠ المشار اليه سابقا ٠

بتاريخ ١٢/٥/١١٩٧٩/ المنشور في الوقائع العدلية ــ السنة الاولى ــ العدد الاول ــ حزيران ١٩٧٩ ــ ص ١٠ ٠

(٢) قرار محكمة استئناف منطقة بغداد بصفتها التمييز رقم ٧١٩/ حقوقية الصادر

(٣) المادة (٢١) من قانون ايجار العقار ٠

(٤) م٢٣/ فقرة ٤ من قانون ايجار العقار ٠

نصت المادة الخامسه من قانون أيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ على ما يلـي
((١ ـ للمستاجر الخيار في استئجار العقار المعد للسكن مؤثثـا او غير مؤثـث فاذا وافق على استئجاره مؤثثا يضاف الى الاجرة السنوية ٢٠٪ مـن قيمـة الاثاث ٢ ـ لمالكي النزل (البانسيونات) الحق في أيجارها مؤثثة مع مراعاة النسب المنصوص عليها في الفقرة السابقة)) ٠

ان حـق المؤجر لايقتصر على أيجار العقار المعد للسكن فقط بـل يمتد الـى الاثاث الموجودة في العقار٠ وعلى هذا فان المؤجر يستطيع ان يؤجر العقار المعد للسكن سواء كان دارا او شقة او غرفة مع الاثاث او بدونها والخيار متــروك للمستاجر ان شاء استأجره مؤثثـا او بدون اثـــاث ٠

ولكن اذا كان العقار (بانسيونا) اى معدا في الاصل للسكن مؤثثـــا فليس للمستاجر الخيار في هذه الحالة بل لمالك النزل (البانسيون) الحـق في أيجـاره مؤثثا مع مراعاة زيادة ٢٠٪ من قيمة الاثاث الى الاجرة السنوية ٠ وتتولى لجـان التقدير في دوائر ضريبة العقار تقدير قيمة الاثاث ولها أن تستعين بخبير اواكثر يتحمل كل من المؤجر والمستاجر اجرته التي تقدرها اللجنة مناصفة (١) ٠

ولا توجد في مثل هذه الحالة اية علاقة عند تقدير قيمة الاثاث بين القيمـة الكلية للعقار المراد أيجاره وقيمة الاثاث التي يحتويها ، حيث تقوم لجنة ضريبة العقار بتقدير القيمة الكلية للعقار باعتباره خاليا من الاثاث ثـم يجـرى احتساب بدل أيجاره وفق المادة الرابعـة من القانون وحسب نوع العقار ،يجرى بعدها تقدير قيمة الاثاث التى يحتويها المأجور مضروبة في ٢٠٪ ويضاف الناتج الـى بدل أيجار العقار المحتسب سابقا ليكون بدل الايجار مقدرا مع الاثاث (٢) ٠

(١) المادة الثامنة من التعليمات عدد (٦) لسنة ١٩٧٩ ٠
(٢) سعد خليل الراضي ـ المصدر السابق ـ ص ٢٠ ٠

اعادة تحديد الاجـــــــرة :ـ

نصت المادة السادسة من قانون أيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ علـــى ان لمالك العقار ، ان يطلب زيادة الاجرة ، اذا قام بموافقة المستأجر ببناء محدثـات في المأجور تزيد في قيمته او منفعته على ان لاتتجاوز الزيـــادة النســب المنصوص عليها في البنود (أ ، ب ، ج) من الفقرة (١) من المادة الرابعة من قيمة المحدثات

ولغرض تطبيق هذا النص لابد من توفر الشروط التالية :ـ

١ ـ الحصول على موافقة المستاجر للقيام ببناء المحدثات لان أثـــار ذلـك ستنصرف اليه ، ولا يشترط في هذه الموافقة شكلا معينا ، ولهذا يجـوز ان تكون تحريرية او شفوية ، ويقع عبء اثباتها ان كانت شفوية علـــى المؤجر ، وكنا نفضل لو ان المشرع حصر نوع هذه الموافقة (بالموافقـــة التحريرية) دفعا للنزاعات والمشاكل التي قد تحصل بين المؤجر والمستأجر بسبب الموافقات الشفوية .

٢ ـ ان تزيد المحدثات في قيمة او منفعة المأجور ، ولا يشترط هنا توفـــــر زيادة القيمة وزيادة المنفعه معا لطلب زيادة الأجرة بل يكفي احدهما لذلك .

٣ ـ أقامة محدثات جديدة : أقتصر هذا النص كما يلاحظ على المحدثـــــات دون الترميمات والتحسينات ، لذلك لابد من القيام بأبنية او توسيع فـــي المأجور .

٤ ـ ان يقدم مالك العقار طلبا الى السلطة المالية التي يقع العقار في منطقتها لزيادة بدل الايجار السنوي للعقار ، وتحيل السلطة المالية الطلب الـــــى لجان ضريبه العقار المختصة بعد تدوين المعلومات الخاصة بالعقار كما هـي في سجلات الضريبه على أصل الطلب مرفقا به البيانات المقدمة من المالك.

٥ ـ ان لاتتجاوز الزيادة في بدل الايجار السنوي النسب المنصوص عليهـا في الفقرة (١) من المادة الرابعة من القانون . وتقوم اللجان المذكورة باعـــادة النظر في تقدير بدل أيجار العقار وقيمته بعد التأكد من بناء محدثـــات فـي العقار وقيامها بتقدير كلفتها بغية أستخراج جدول الايجار الجديد للعقار .

وتصدر اللجنة قرارها ويبلغ لكل من المالك والسلطة المالية والمستاجــر ويعتبر التبليغ الى احد طرفي العقد عند مراجعته تبليغا اصوليا (١) .

وكما اجاز القانون لمالك العقار ان يطلب زيادة الاجرة على الاساس الـذى لاحظناه في المدة السادسة ، اجاز للمستاجر وفقا للمادة التاسعة منـــه ان يطلب تخفيض الاجرة اذا كان المالك قد قام ببناء مسكن او طابق أو اكثـــر في الماجور عندما يتسع لذلك ولا يخل بمنفعة المستاجر في هـــذه الحالة ان يطلب تخفيض الاجرة بما يناسب نقص المنفعة . (٢) .

اسلوب الوفاء بالاجرة في قانون ايجار العقار

بموجب الفقرة الاولى من المادة العاشرة من قانون ايجار العقار رقم ٨٧ لسنـة ١٩٧٩ تدفع أجرة العقارات المشمولة بأحكامه سلفا وباقساط شهرية بصـــــرف النظر عن مدة سريان عقد الايجار ، ويعتبر كـل اتفاق يقضي بخلاف ذلك باطلا. وبمقتضى هذا النص يدفع بدل الايجار مباشرة للمؤجر او من يقوم مقامه قانونا. وقد أجازت الفقرة الثانية من هذه المادة دفع الاجرة بواسطةالكاتب العدل او بحواله مصرفية او بريدية لحساب المؤجر . وفي ذلك تسهيل للمستأجر ليختار الاسلوب الذى يـراه سهلا ومناسبا له ، خصوصا اذا ما حاول المستأجر الوفاء بالاجـــرة الا انـه لـم يجد المؤجر او وكيله بعد البحث عنهم او انه لا يمتلك الوقتالكافـي لايصال الاجرة بنفسه وغير ذلك من الاسباب .

ويستثنى من مبدأ تسديد بدلات الايجار بأقساط شهرية سلفا ، حالة مـا اذا كانت الدولة او الاشخاص المعنوية العامة مؤجرة ، فللمستأجر ان يدفع بـــدل الايجار شهريا او بقسط واحد أو اكثر (م ١٠/ف١) من قانون أيجار العقار)، وحالة العقارات التي تستاجرها الدولة او الاشخاص المعنوية العامة ، وفي هـــذه الحالة تراعى شروط دفع الاجرة المنصوص عليها في عقد الايجار (المادة ١٠/ف٤ مـــن القانون) .

---

(١) د. عصمت عبد المجيـد بكـر ـ شرح قانون أيجار العقار ـ لمصدر السابق ـ ـ ص ٥٦ .

(٢)المادة التاسعة من قانون أيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ .

ولم توضح المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ السبب الذى دفع المشرع الى استثناء العقارات المذكورة في الفقرتين المذكورتين في الاصل ، ولكن هناك من يعتقد بان السبب بالنسبة للفقرة الاولى هو مراعاة جانب المستاجر وذلك بترك حرية تسديد بدل الايجار له شهريا او بقسط واحد او اكثر ولانتفاء طابع الاستغلال من هذا العقد ، وكذلك التخفيف عن الاجهزة المسؤولة في دوائر الدولة والاشخاص المعنوية العامة عند تسليم بدلات الايجار شهريا ٠

أما بالنسبة للفقرة الثانية ، فيبدو ان السبب هو مراعاة جانب المؤجر لكي يستلم بدل الايجار صفقة واحدة او على قسطين حسبما ورد في العقد المبرم بين الطرفين ولتشجيع القطاع الخاص على تأجير العقار الى الدولة او الاشخاص المعنوية العامة ، وتذليل الصعوبات أمام هذه الجهات للحصول على العقارات لاتخاذها مقرات ومكاتب لها (١)

وقد يمتنع المؤجر عن استلام قسط الايجار المستحق من المستأجر لاى سبب من الاسباب ، وفي مثل هذه الحالات يجوز للمستأجر وفقا لما تقضي به الفقرة الثالثة من المادة العاشرة من قانون أيجار العقار ان يودع القسط المستحق لدى ائرة الكاتب العدل في المدينة التي يقع فيها العقار خلال خمسة عشر يوما من تاريخ استحقاقه ، ويتحمل المؤجر هنا مصاريف الانذار والايداع التي تستقطع من القسط المودع ٠وبهذا الاجراء من قبل المستأجر سيتلافى أمكانية مطالبته بالتخلية بسبب عدم دفعه بدل الايجار وفقا للفقرة (أ) من المادة السابعة عشرة من القانون اذا ما توافرت شروطها ٠

وقد تكون ملكية العقار المأجور شائعة ٠ وفي هذا الصدد ذهب القضاء العراقي الى ان ايداع قسط الايجار المستحق بأسم أحد الشركاء يفي بالغرض المقصود٠(٢)

---

(١) د٠ عصمت عبد المجيد بكر ــ المصدر السابق ــ ص ٦٤ ٠
(٢)قرار محكمة تمييز العراق رقم ٤١/ هيئة عامة / ١٩٧٧ في ١٩٧٧/٣/٢٦ منشور في مجلة القضاء ــ العدد ٢ ــ السنة ٣٢ ــ ١٩٧٧ ــ ص ٢٨٩ ٠

المبحـــث الثالث

مـــــــدة الايجـــــــار

عقد الايجار من عقود المدة او العقود الزمنية تقاس فيه المنفعة بالعين بمقياس زمني ، بحيث لايمكن تحديد مدى انتفاع المستأجر الا بالمدة التي ينتفع فيها بالعين والاصل في الايجار التأقيت فلا يصح ان ينفصل الانتفاع بالعين عن ملكيتها بصفة دائمة . كما ان عقد الايجار ينشيء التزامات شخصية ، والالتزامات الشخصيـة لايصح ان تكون مؤيدة .

وينبغي ان تتحدد المدة في العقد فاذا عرض لها الطرفان واختلفا حول تحديدها ولم يصلا الى حل بشأنها ، لا ينعقد العقد لتخلف عنصر جوهرى مـن عناصره ، وهو عدم الاتفاق على عنصر المدة . ومع ذلك فان الطرفين قد لا يتعرضان للمدة عند التعاقد وفي هذه الحالة لايكون العقد باطلا ويتولى القانون تحديدها (١) .

ويراعى انه اذا كان للطرفين تحديد مدة الايجار فانه ينبغي ان يدخل في الاعتبار الى جانب ذلك ما يقضي به قانون أيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل ،مـن حيث تحديد المدة وفرض التمديد القانوني لعقد الايجار ، في النطاق الذى يسـرى فيه هذا القانون . وعلى هذا الاساس سندرس مدة الايجار في القانون المدنـــي وقانون أيجار العقار فيمطلبين متتاليين .

المطلــب الاول

((المدة في ضوء احكام القانون المدنـــي))

من مستلزمات الايجار ان يعقد لمدة محدودة ، حيث قضت المادة (٧٢٢) مـن القانون المدني العراقي بأن الايجار ((تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم لمـــدة معلومة .... الخ)) فتأبيد انتفاع المستأجر يتنافى مع طبيعة عقد الايجار ، ولهذا فالغالب ان يتفق المتعاقدان على المدة لان المدة ركن لايتم الايجار بدونه ولكن قـد يحصـل أن لايتعرض المتعاقدان للمدة أصلا ، او ان يتفقا على ان يكون الايجـار

(١) د. توفيق حسن فرج ـ المصدر السابق ـ ص ٢٥٧ ـ ٢٥٨ .

لمدة غير معينة ، او ان يتفقا على مدة معينة ولكن يتعذر اثباتها ، وفي هذه الحالات الثلاث لايعتبر الايجار باطلا بل يكون صحيحا ويتكفل القانون بتحديد المدة (١)٠ وهـذه المدة قد تكون قصيرة لان المشرع لم يضع حدا ادنى لمدة الايجار بحيث لا يجوز ان تقل عنه وبالتالي فانه يجوز للمتعاقدين الاتفاق على أية مـدة قصيرة للايجار كما لو اتفقا على ان تكون مدة الايجار ساعة او اى جزء من الساعة او يوما او أسبوعا او شهرا ، كما قد يتفق على مدة طويلة أمدها سنة او عدة سنوات او أية مدة زمنية اخـرى ٠

واذا لم يكن المشرع العراقي قد وضع حدا اعلى لمدة الايجار بالمعنى الذى لايجوز للطرفين تجاوزه ، فان الفقرة (١) من المادة (٧٤٠) من القانون المدني أعطت الحق لكل من المؤجر والمستأجر ان يطلب انهاء الايجار بعد مضي ثلاثين سنة علـى انعقاده فيما اذا كانت المدة المتفق عليها للايجار تزيد على ثلاثين سنة او كـان الايجار مؤبدا ، حيـث تنص هـذه الفقرة على ما يلـي :

((اذا كـان عقد الايجار لمدة تزيد على ثلاثين سنة او اذا كان مؤبدا جـاز انهاؤه بعد انقضاء ثلاثين سنة بناء على طلب أحد المتعاقدين مع مراعاة المواعيد القانونية المنصوص عليها في المادة التالية (اى المادة ٧٤١) ويكون باطلا ((كـل اتفاق يقضي بغير ذلك)) ٠

وعلى هذا الاساس اذا حدد الطرفان مدة الايجار تزيد على الثلاثين سنة واشترطا في العقد بأنه لايجوز لاى منهما طلب انهاء الايجار بعد مضي ثلاثين سنة عليه فان هذا الشرط لايؤخذ به ، حيث يجوز للمؤجر او المستاجر بالرغم مـن وجود الشرط المذكور طلب انهاء الايجار بمجرد مرور مدة الثلاثين سنة بعد مرور مواعيد التنبيه بالاخلاء لان الشرط المذكور يعتبر باطلا لمخالفته النظام العام وهذا ما قصده المشرع بقوله في الفقرة (١)من المادة (٧٤٠) ((ويكون باطلا كـل اتفاق يقضي بغير ذلك)) ،أي ان الايجار لايكون باطلا لمجرد أحتوائه على الشـرط الذى يمنع اى من الطرفين انهاء الايجار وانما الذى يبطل هو الشرط فقط دون العقد ٠

---

(١) د٠ العامرى ــ المصدر السابق ــ ص ٢٢٨ ٠

واذا حدد الطرفان مدة معينة للايجار فانه لايشترط ان تأتي تلك المدة متصلة حيث لايوجد ما يمنع من ان تكون متقطعة . فقد تؤجر الدار لمدة ثلاث سنوات متصلة بحيث لا يتخلل المدة المذكورة فترة زمنية تعود فيها العين الى المؤجر ،كما قد تكون مدة الايجار متقطعة كما لو اجر فلم سينمائي مرة واحدة في الاسبوع ولمدة سنة او تم تاجير مسرح مرتين في الاسبوع لمدة ثلاثة أشهر مثلا او تاجير ملعب كرة يوم واحد من أيام الاسبوع (١) .

وقد جاءت الفقرة الثانية من المادة (٧٤٠) من القانون المدني العراقي بأستثناء مهم حيث أجازت أن تكون مدة الايجار مدة حياة المؤجر او المستأجر ولو زادت المدة في هذه الحالة على ثلاثين سنة . والواقع ان الايجار لمدة حياة المؤجر او المستأجر لا يعتبر مؤبدا لان حياة الانسان مؤقتة ، فان كان الايجار لمدة حياة المستاجر ، بقي الايجار ملزما للمؤجر والمستأجر ما بقي المستأجر حيا ولو مات المؤجر من بعده . أما اذا مات المستأجر فان الايجار ينتهي ولا ينتقل الى ورثته من بعده . واذا كان الايجار لمدة حياة المؤجر ، بقي الايجار نافذا ما دام المؤجر حيا ولو مات المستاجر قبله ، وعند ذلك ينتقل الايجار الى ورثة المستأجر ولا ينتهي الا بموت المؤجر . كذلك يجوز ان يكون الايجار لمدة حياة كل من المؤجر والمستأجر ويدوم ما بقي أحد منهما حيا فاذا مات أحدهما أنتقل الايجار الى ورثته وبقي الى ان يموت الاخر . (٢)

وقد اعتبر المشرع العراقي عقد الايجار الذى يتفق فيه على ان يبقى نافذا ما دام المستأجر يدفع الاجرة ، انه معقود لمدة حياة المستأجر . غير ان عقد الايجار يعتبر في هذه الحالة معلقا على شرط فاسخ هو ان يريد المستأجر انهاءه بنبه المؤجر الى ذلك فينتهي . أما الايجار الذى ينص في عقده انه باق ما دامت العين المؤجرة باقية فهو أيجار مؤبد يجوز انهاؤه بعد انقضاء ثلاثين سنة اذا لم تهلك العين قبل ذلك . (٣)

---

(١) د. كمال قاسم ثروت ـ المصدر السابق ـ ص ٩٦ وما بعدها د. عباس الصراف ـ المصدر السابق ـ ص ٣٤٧ .

(٢) راجع د. العامرى ـ المصدر السابق ـ ص ٢٢٩ ، ٢٣٠ .

د. السنهورى ـ الوسيط ـ جـ٦ ـ المصدر السابق ،ص ١٤٦ .

(٣) د. العامرى ـ المصدر السابق ـ ص ٢٣٠ .

ومن الجدير بالذكر هنا ان بعض التشريعات كالقانون المدني المصرى مثـــلا لم تضع حدا أقصى للمدة التي يجوز التأجير فيها . لذلك ذهـــب غالبية الشـــراح الى انـــه لا يجوز ان تكون مدة الايجار مسرفة في الطول بحيث تفصل منفعة الشيء غير جائز وان كان نسبيا ، وتركوا تقدير ما اذا كان الايجار مؤقتا او مؤبـــــدا المؤجر عن ملكيته مدة طويلة ، واعتبروا طول مدة الايجار في مثل هذه الحال تأبيدا لقاضي الموضوع يفصل فيه وفقا لطبيعة الشيء المؤجر والغرض الذى استاجـــــر من اجله بحيث يكون له ان يعتبر أيجار منقول معين لمدة عشرين سنة أيجارا مؤبدا، في حين يكون له ان يعتبر أيجار قطعة أرض للبناء عليها غير مؤبد ولو كانت مدته خمسون عاما . واتفق الشراح على انه بالنسبة لتأجير الاراضي لايجوز ان تزيد مدة الايجار على ستين عاما وذلك قياسا على عقد الحكر (١) .

وقد نصت المادة (٧٤١) من القانون المدني العراقي على انه ((اذا عقد الايجار دون اتفاق على مدة او عقد لمدة غير محدودة او اذا تعذر اثبات المدة المدعى بهـــا فيعتبر الايجار منعقدا للمدة المحددة لدفع الاجرة وينتهي بانقضاء هـــذه المـــــدة بناء على طلب أحد المتعاقدين اذا هو نبه المتعاقد الاخر بالاخلاء في المواعيد الاتـــي بيانها :ـ

(أ) في الاراضي اذا كانت المدة المحدده لدفع الاجره ستة أشهر او اكثـــــر يكون التنبيه قبل انتهائها بثلاثة اشهر . فاذا كانت المدة أقل من ذلـــك، كان التنبيه قبل نصفها الاخير . كل هذا مع مراعاة حـــق المستأجـــر في المحصول وفقـــا للعرف .

(ب) في المنازل والحوانيت والمكاتب والمتاجر والمصانع والمخازن وما الى ذلـــك اذا كانت المدة المحددة لدفع الاجرة أربعة اشهر أو اكثر يكون التنبيه قبـــل أنتهائها بشهرين . فاذا كانت المدة أقل من ذلك كان التنبيه قبل نصفهـــا الاخير .

---

(١) وهو عقد يجعل للمحتكر حقا عينيا في الارض المحتكرة ويقع عادة على أرضـــ خربة يقتضي أستصلاحها مدة طويلة . راجع :ـ
د. محمد لبيب شنب . ـ المصدر السابق ـ ص ٧٩ ، المادة ٩٩٩ ـ مدنـــي مصرى .

(ج)في المساكن والغرف المؤثثة وفي اى شيء غير ما تقدم اذا كانت المدة المحددة لدفع الاجرة شهرين او اكثر يكون التنبيه قبل نهايتها بشهر واحد . فاذا كانت المدة اقل من ذلك كان التنبيه قبل نصفها الاخير)) .

ويظهر من هذه المادة انه اذا عقد الايجار ولم تذكر فيه المدة فاذا كان موضوع الايجار ارضا واتفق الطرفان على ان يدفع المستاجر الاجرة بعد سنة مثلا فانه يجب على المؤجر ان ينبه عليه بالاخلاء قبل انتهاء السنة بثلاثة شهور على الاقل . أما اذا كان المستاجر يدفع الاجرة في أقل من ستة شهور كان الواجب على المؤجر ان ينبه على المستأجر بالاخلاء قبل ابتداء نصفها الاخير . (١) .

ولنضرب مثلا على أيجار المنازل او الحوانيت فنفرض أن ميعاد دفع الاجرة هو كل ثلاثة اشهر فمدة الايجار تكون ثلاثة اشهر تمتد الى ثلاثة اشهر ثانية فثلاثة أشهر ثالثة وهكذا الى أن يحصل التنبيه بالاخلاء من أحد الطرفين . والتنبيه بالاخلاء يجب ان يحصل قبل ـ شهر ونصف على الاقل من انقضاء مدة الثلاثة اشهر واذا كانت الاجرة تدفع شهريا فيجب ان يكون التنبيه قبل نصف شهر على الاقل . أما اذا كانت الاجرة تدفع سنويا او كل ستة اشهر فيجب ان يكون التنبيه قبل شهرين . فاذا حصل التنبيه بعد الميعاد كان غير نافذ ولو كان سبب التأخر قوة قاهرة . (٢) ونفس القاعدة تطبق في حالة اجارة المساكن والغرف المؤثثة . ولكن هذه الاحكام لاتعتبر من النظام العام فيجوز الاتفاق على خلافها فيجوز اطالة مدة التنبيه او تقصيرها.

وسواء كانت مدة الايجار معينة او غير معينة فان المدة المذكورة تبدأ من التاريخ الذى حدده الطرفان في العقد لسريانها . فقد يبرم الايجار بتاريخ معين ولمدة معينة الا ان الاتفاق بينهما يتم على سريان المدة من تاريخ لاحق لانعقاد الايجار ، فان مدة الايجار تسرى عندها من هذا التاريخ اللاحق وليس من تاريخ الانعقاد . أما اذا سكت الطرفان عن تحديد التاريخ الذى تبدأ منه مدة الايجار بالسريان فان مدة الايجار تبدا من تاريخ أبرام العقد - وقد

---

(١) د. عباس الصراف ـ المصدر السابق ـ ص ٣٤٩ .
(٢) د. العامرى ـ المصدر السابق ـ ص ٢٣٢ .

نصت على .اتقدم المادة (٧٣٩) من القانون المدني بالقول ((تبدأ مدة الاجارة من الوقت الذى سمي في العقد وان لم يسم فمن تاريخ العقد · (١)

وتجدر الاشارة هنا الى ان قانون ايجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل الذى لم يجز للمؤجر مطالبة المستاجر بالتخلية الا اذا توفر أحد الاسباب الواردة في المادة السابعة عشرة منه ، فقد حدد مددا لانذار المستاجر بالتخلية ولا مهاله في البقاء في الماجور · وسنتكلم عن هذه المدد القانونية عند دراستنا لانتهاء عقد الايجار ·

– المطلب الثاني

المدة في قانون ايجار العقار

أوجب قانون أيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ تعيين مدة الايجار في العقد ، حيث نصت المادة الثانية من هذا القانون على ما يلي : ((تعين مدة الايجار في العقد وعند عدم تعيينها يعتبر الايجار منعقدا لمدة سنة تبدأ من الوقت المسمى في العقد فان لم يسم فمن تاريخ تسليم الماجور الى المستأجر خاليا من الشواغل)) ·

والاصل وفقا لهذا النص يتجلى في تحديد مدة الايجار من قبل المتعاقدين ،الا ان عدم تعيينها لايترتب عليه بطلان العقد بل يعتبر منعقدا لمدة سنة تبدأ من الوقت المسمى في العقد وفي حالة عدم تسمية هذا الوقت فمن تاريخ تسليم الماجور الى المستاجر خاليا من الشواغل ·

وعلى الرغم من ان مدة الايجار تكون غالبا محددة بموجب العقد المبرم بين المؤجر والمستاجر أو بأعتبارها سنة بموجب القانون ان لم تكن محددةفي العقد،فان انتهاء المدة المعينة لاينهي عقد الايجار ما دام المستأجر باقيا في الماجور ومستمرا على دفع الاجرة وموفيا بكافة التزاماته القانونية بالاستناد الى المادة الثالثة من قانون أيجار العقار ويتم بقاء المستأجر في المأجور دون الحصول على موافقة المؤجر او حتى لو عارض في بقاء المستأجر بعد انتهاء المدة المحدده فيالعقدلان بقاء المستأجر في الماجور حق مستمد من القانون وليس من العقد ·

(١) د· كمال قاسم ثروت ـ المصدر السابق ـ ص ١٠٣ ·

الباب الثاني

اثـــــار عقـــد الايجـــــار

ذكرنا بأن عقد الايجار عقد به يمكن المؤجر المستاجر من الانتفاع بالماجـــور خلال مدة معينة مقابل بدل يلتزم به الاخير . ومن المؤكد ان عقد الايجار من العقود الملزمة للجانبين حيث يحصل كل من طرفيه على مقابل لما يعطي وهو عقـــد يرد على المنفعة خلال المدة المحددة على ان يرد المأجور الى المؤجر في نهاية المـــدة .

فالايجار يولد التزامات متبادلة على عاتق طرفيه تتجلى بالنسبة للمؤجر فـي تسليم المأجور وصيانته وضمان العيوب فيه وضمان التعرض والاستحقاق . كما يوجب على المستأجر دفع بدل الايجار واستعمال الماجور فيما اتفق عليه او فيما اعد له والمحافظة عليه وعدم التصرف فيه الا في حدود ما يجيزه القانون او الاتفاق واخيرا رده عند انتهاء العقد مع أخذ نصوص القوانين الخاصة كقانون ايجـــار العقار بنظر الاعتبار فيما يتعلق بالامتداد القانوني لعقد الايجار أو أسباب التخلية .

ومن أهم الامور التي تناقش في هذا المجال الطبيعة القانونية لحق المستأجـــر ومدى امكانية التصرف بهذا الحق فيما نسميه الايجار من الباطن والتنازل عـــن الايجار ونظرة القوانين المدنية والقوانين الخاصة كقانون ايجار العقار رقـــم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ الى هذا الموضوع .

لقد تناول القانون المدني العراقي بحث اثار عقد الايجار في المواد (٧٤٢ـ٧٧٨) وهي نصوص تعتبر مكملة لارادة المتعاقدين حيث يجوز الاتفاق على خلافها تشديدا او تخفيفا ما دام ما اتفقا عليه غير مخالف للنظام العام والاداب ، وهـــي بعبارة أخرى نصوص لاتعد من النظام العام .

وفي ضوء ما تقدم سندرس هذه المواضيع في اربعة فصول متتالية نتناول فـــي اولها التزامات المؤجر وفي ثانيهما التزامات المستأجر كما سندرس طبيعة حـق ـ المستأجر والتصرف فيه في ظل القانون المدني وقانون أيجار العقار في الفصل الثالث اما الفصل الرابع فسنخصصه لبحث انتهاء عقد الايجار الذى يتضمن دراســـة أسباب التخلية في قانون أيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ .

الفصـــــل الاول

الـــتزامـــــــات المؤجـــــر

ان تعريف المشرع العراقي لعقد الايجار يبين لنا بوضوح طبيعة واهميـــــة التزامات المؤجر التي توجب عليه ان يولي المستاجر حق الانتفاع بالماجور ،والقيام بكل ما من شأنه ان يؤدى الى هذه الغاية ،فيلزم أن يقوم بتسليم المأجور وان يمكن المستاجر من الانتفاع به على نحو دائم من خلال صيانته كما يعمل على دفع ما قد يقع للمستاجر من تعرض ويتلافى ما قد يكون في الماجور من عيوب • وكــل هــذا في سبيل جعل المأجور في حالة تؤدى الى الغرض الذى اتفق عليه او الـــذى اعــد له لماجـــــور •

واذا كانت النصوص القانونية الواردة في القانون المدني بهذا الشان تعتبـــر نصوصا مكملة حيث يمكن لطرفي العقد الاتفاق على خلافها ، فان هنــاك نصوص قانونية واردة في قانون ايجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ تشكل التزامات جديدة تقع على عاتق المؤجر بالنسبة للعقارات التي تخضع لاحكام هذا القانون كجزء من وظيفة العقار الاقتصادية لايجوزالاتفاق على خلافها، من ذلك التزم المؤجر بضرورة اخبار دائرة ضريبة العقار بخلو العقاروالتزامه بايداع نسخة من عقد الايجار لدى دائرة ضريبة العقار في مدة حددها القانون

لذلك سنعالج هذه الالتزامات في ضوء أحكام القانون المدني العراقي وقانـــون ايجار العقار •

المبحث الأول

تسليم المأجور

المطلب الاول

كيفية التسليم وزمانه ومكانه ونفقاته

كيفية التسليم :-

نصت المادة (٧٤٨) من القانون المدني العراقي على ما يلي :

((يسرى على الالتزام بتسليم المأجور ما يسرى على الالتزام بتسليم المبيع من أحكام ، وعلى الاخص ما يتعلق منها بزمان التسليم ومكانه وتحديد ملحقات المأجور ، كل هذا ما لم يوجد نص بخلافه)) ·ولم يكتف المشرع العراقي بهذا بل نص في المادة (٧٤٣) على ان ((تسليم المأجور يكون بأجازة المؤجر وترخيصه للمستأجر في أن ينتفع به بلا مانع ،ويلزم أن يبقى المأجور بيد المستأجر بقاء متصلا مستمرا الى انقضاء الاجارة) ·

ويبدو لنا ان النص الاخير بين كيفية حصول التسليم بما ينسجم مع طبيعة عقد الايجار القانونية التي تختلف طبعا عن عقد البيع - كما رأينا - والتي تنطوى على ضرورة القيام بامرين :-

اولهما وضع المأجور تحت تصرف المستأجر ،بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ، وثانيهما اجازة المؤجر وترخيصه للمستأجر الانتفاع به (١) ·

والتسليم الحقيقي لايشترط فيه انتقال الحيازة المادية فعلا من المؤجر الى المستاجر · ولكن يتحقق بوضع العين تحت تصرف المستاجر بحيث يستطيع

---

(١) د· العامرى - المصدر السابق - ص ٢٣٤ ·

حيازتها دون مانع • ويتحقق ذلك اذا كانت العين المؤجرة منزلا بتسليم مفاتيحه للمستاجر وأخلائه من المستاجر السابق ومنقولاته •واذا كانت العين المؤجرة أرضا زراعية فيكون تسليمها بوضعها تحت تصرف المستاجر بعد اخلائها من الالات والمواشي • ويترتب على ذلك انه اذا وجد مانع يحول دون انتفاع المستاجر بالعين فلا يعتبر المؤجر قد قام بواجب الوفاء بالتزامه بالتسليم• ويستوى ان يكون هذا المانع ماديا أم قانونيا ، ويستوى ان يكون المانع ناشئا عن فعل المؤجر نفسه او من فعل أحد اتباعه ام راجعا الى فعل الغير • فاذا كانت هناك اشياء في العين المؤجرة تخص المؤجر او مستاجر سابق بحيث لايتمكن المستاجر من الانتفاع بها وهي على هذه الصورة كان هذا مانعا من التسليم او كان هناك شخص يشغل العين فيلتزم المؤجر في كل هذه الاحوال بان يقوم باخلائها • ويضاف الى ما سبق ضرورة اخطار المستاجر بأن العين موضوعة تحت تصرفه وان الاخطار يتم بأى طريق ولكن عبء اثبات حصوله يقع على عاتق المؤجر (١) •

ويصح أن يكون التسليم حكميا (معنويا) اذا كان الشيء في يد المستاجر قبل الايجار لاى سبب من الاسباب ، كما اذا كان مودعا لدية او معارا له • ففي هذا الفرض يتم التسليم بمجرد تراضي المتعاقدين على تغيير سبب الحيازة أي بمجرد ابرام الايجار (٢)

زمان ومكان التسليم ونفقاته :ـ

نصت المادة (٧٤٨) من القانون المدني العراقي على ان ((يسرى على الالتزام بتسليم المأجور ما يسرى على الالتزام بتسليم المبيع من أحكام وعلى الاخص ما يتعلق منها بزمان التسليم ومكانه وتحديد ملحقات المأجور • كل هذا ما لم يوجد نص يخالفه)) •وهذا يعني ان المشرع العراقي احال بدوره الى نص المادة (٥٣٦) الواردة ضمن النصوص المنظمة لعقد البيع والتي تقضي بأن

---

(١) راجع في ذلك :ـ د• تناغو ـ ص ١٢٧ ،د• الصراف ـ ص ٣٥٧

(٢) د• شنب ـ ص ١١٩ • د• تناغو ص ١٢٧ •د• العامرى = ص ٢٣٥•

((على البائع ان يسلم المبيع وتوابعه الى المشترى عند نقده الثمن ولو شــــرط المشترى اخذ المبيع في وقت معين قبل نقده الثمن جاز)) ٠

ان الاجرة في عقد الايجار تقابل المنفعة وهذه قاعدة اساسية لابد مـن اخذهـا بنظر الاعتبار دائما لذلك فان دفع الاجرة يعني ضرورة تسليم المأجور ٠وهذا مـا اكدته لنا المادة (٧٤٢) بالقول ((على المؤجر بعد قبضه الاجـر المسمى المشروط ان يسلم المأجور الى المستأجر ٠٠٠ الخ)) ٠ ولكن هذا الامر لايعد من النظام العـام حيث يجوز الاتفاق على خلافه كان يتفق المتعاقدان على تسليم المأجـور الـــى المستاجر بمجرد انعقاد الايجار على ان يؤجل دفع الاجرة الى تاريخ لاحـق يتفــق عليه ، وقد يتفقان على دفع الاجرة مقدما على ان يؤجل تسليم الاجرة الى ميعــاد معين (١) ٠ وقد لاحظنا معا بأن الاجرة بالنسبة للعقارات المشمولة بأحكام قـانون ايجار العقار يجب دفعها سلفا وباقساط شهرية ويعد هذا الامـر مـن النظام العام الذى لايجوز الاتفاق على خلافه (٢) ٠

اما عن مكان تسليم المأجور فهو يختلف تبعا لوجود اتفاق بين الطرفين علـــى تحديد المكان الذى يسلم فيه المؤجر العين الى المستأجر من عدم وجود ذلك الاتفاق٠ الا ان نص المـادة (٥٤١) من القانون المدني العراقي التي احالت اليها المادة (٧٤٨) تشير الى ان مطلق عقد الايجار يقتضي تسليم المأجور في المحل الذى هـو موجـــود فيه وقت التعاقد ، واذا كان المأجور منقولا ولم يعين محل وجوده ، اعتـ ر مكانــه محـل اقامـة المؤجـر (٣) ٠ امـــا بالنسبة لنفقات التسليم يـــورد المشــــرع نصا خاصا بذلك مما يقتضي الرجوع لحكم القواعد العامـة الواردة في المادة (٣٩٨) التي تضع هذه النفقات على عاتق المدين (المؤجر) ما لم يوجـــد اتفاق او عـــرف او نص يقضي بغير ذلك ٠ والامثلة على هذه النفقات كثيرة منها نفقات تسليم اله زراعية مستوردة يجب على المؤجر دفع اجرة شحنها ونقلها ورسومها الكمركيـــة لكي يتمكن المستأجر من استلامها ، ونفقات اخلاء العين المؤجرة مما بها من امتعـة،

---

(١) د٠ العامرى ــ ص ٢٣٥ ٠

(٢) المادة (١٠) من قانون ايجار العقار النافذ ٠

(٣)راجع :ــ د٠ كمال قاسم ثروت ــ ص ١٣٥ ،د٠ العامري ــ ص ٢٣٥ ٠

ونفقات اعلام المستأجر بوضع الشيء تحت تصرفه ، ونفقات مسح الارض وقياسها اذا اقتضى التسليم ذلك .

كما تشمل نفقات التسليم المصاريف اللازمة لرزمه أو افرازه فيما اذا كـــان شيئا مثليا كأجرة الكيل او الوزن او العد والقياس (١) .

المطلـب الثانـــي

ما يجب على المؤجر تسليمه وحكم النقص او الزيادة : يلتزم المؤجر بتسليم الشيء المتفق عليه في العقد ولا يجوز له تسليم شيء اخر بدلا منه الا اذا قبل المستأجـــر ذلك ٠ كما يلتزم المؤجر بتسليم العين المؤجرة بمقدارها المبين في العقد دون زيادة او نقصان ٠ الا أن تسليم المأجور لوحده قد لايكون كافيـا ،خصوصا في الحالات التي تتبع المأجور فيها ملحقات معينة لايمكن الانتفاع به بدونها (٢) .

وفيما يتعلق بملحقات المأجور احالت المادة (٧٤٨) مدني عراقي الى الاحكـــــام الواردة في باب البيع الخاصة بملحقات المبيع .

ولتحديد ما اذا كان الشيء من ملحقات المأجور ام لا لابد من الرجوع اولا الـــى اتفاق الطرفين حيث لايوجد ما يمنعهما من اعتبار بعض الاشياء كملحقات للعيـــن حتى وان كانت طبيعة العين او عرف الجهة يقضيان بعدم اعدادها مـــــــن الملحقـــــات .

أمـا اذا لم يكن هناك اتفاق بين المتعاقدين بهذا الشان فيلزم الرجوع عندها الـى العرف لتحديد ما يعتبر من الملحقات ،وفي حالة عدم وجود عـرف يتم الرجـــوع الى طبيعة العين للفصل فيما اذا كان الشيء يعتبر من الملحقات ام لا .

ويمكن القول بأن ما يعتبر ملحقا للعين هو كل شيء اعد بصورة دائمية لخدمـة العين بحيث ينقص الانتفاع بها بدون الملحق ،فأذا كانت العين ارضا زراعية فان

---

(١) د٠ العامـري ـ صـ ٢٣٦ ،د٠ تناغو ـ صـ ١٣١ ،د٠ شنب ـ ص ١٢٧ ـ د٠ ثروت ـ ص ١٤١ .
(٢) د٠ شنب ـ ص ١١٩ د٠٠ العامري ـ ص ٢٣٦ .

المحلات المخصصة لخزن الحبوب او المحاصيل تعتبر من ملحقات الارض ،وكذلك الامر بخصوص الدور المعدة لسكن الفلاحين والمحلات المعدة لبقاء المواشي فيها والشرب والطريق ٠أما الادوات والالات الزراعية وكذلك المواشي ،فلا تعتبر من ملحقات الارض وبالتالي فان الايجار لايشملها الا اذا كان الطرفان قد اتفقا على شمولها بالايجار او وجد عرف يقضي بجعلها من الملحقات ٠ ويدخل في ايجار المحلات المعدة للسكن كالدور والشقق ، الاشياء المثبتة فيها كالدواليب المثبتة في الجدر والمغاسل ، كما وتدخل كذلك مرافق الدار بما في ذلك الابنية المخصصة للخدم وحديقة الدار والكراج ان وجد وحقوق الارتفاق ٠ ولايعتبر من ملحقات الدار عقود التامين وسندات ملكية المؤجر في حالة كون الاخير مالكا للدار واذا كان المأجور منقولا كالسيارة مثلا فان ايجارها يشمل الحق في استعمال اطاراتها الاضافية وادواتها الاحتياطية ٠(١)

أما فيما يتعلق بنقص المأجور او زيادته ، فقد فرق المشرع العراقي بين حالة تقدير الاجرة جملة ، وحالة تقديرها بسعر الوحدة ، ولم يرتب في الحالة الاولى اى اثر على الزيادة في العين المؤجرة واكتفى بان يرتب على النقص فيها حقا للمستأجر في فسخ الاجارة فقد نصت المادة (٧٤٥) من القانون المدني العراقي على ما يلي : ((المستأجر بالخيار في دار استأجرها على ان تشمل على عدد معين من الحجر والمرافق فظهرت ناقصة ، فان شاء فسخ الاجارة وان شاء قبلها بالاجر المسمى وليس له انقاص الاجر)) ٠وكما جاء في المادة (٧٤٦) مدني عراقي ((اذا استاجرت أرض على انها تشتمل على مساحة معينة فتبين انها زائدة او ناقصة صحت الاجارة ولزم الاجر المسمى ولكن في حالة النقص يكون المستأجر مخيرا في فسخ الاجارة))٠ فلو كنا أمام ارض استؤجرت بمساحة معينة كألف متر مربع مثلا وحددت أجرتها بصورة أجمالية مقدارها الف دينار سنويا لجميع مساحة الأرض ثم ظهرت زائدة بأن كانت مساحتها الف ومائة متر فان الايجار يكون صحيحا في هذه الحالة ايضا ولا يلزم المستأجر الا بدفع الاجر المسمى اى الالف دينار دون

---

(١) د٠ ثروت ــ ص ١٢٩ ٠

ما يترتب على الزيادة في المساحة من اجر (١) ٠واذا كان القانون قد اعطى للمستاجر حق الفسخ في حالة نقص العين ولم يعط للمؤجر هذا الحق في حالة الزيادة ، فذلك لان العين المؤجرة كانت في يد المؤجرة لا في يد المستاجر .واذا عذر المستأجر الذى يجهل حالة شيء لم يكن في يده ، فلا عذر للمؤجر في امر كانت الحيطة تقضي عليه فيه ان يتبين قدر ما يؤجر قبل الاقدام على تأجيره (٢) ٠ كذلك فان الزيادة في المساحة في حالة تحديد الاجرة بصورة أجمالية يعتبر وصفا والوصف لا يدفع عنه شيء من الاجرة بينما يختلف الامر لو اعتبرت الزيادة اصلا لان الاصل له ما يقابله من الاجرة ٠٠أما السبب في اعطاء المستأجر الحق في فسخ العقد في هذه الحالة فيجد تبريره في ان هذا الاخير لو كان عالما بمساحة الارض فلربما لم يكن قد اقدم على أبرام عقد الايجار الذى قد لا يحقق الاغراض التي يروم الوصول اليها بمثل هذه المساحة (٣) ٠

أما اذا كان الايجار قد جرى بسعر الوحدة القياسية ، كان استأجر شخص أرضا مساحتها (١٠٠) متر مربع بسعر خمسين دينارا للمتر المربع الواحد في السنة ، فاذا ظهرت الارض زائدة او ناقصة كان المستاجر مخيرا بين الفسخ وعدمه عند الزيادة او النقصان ٠ فاذا أختار المضي في الايجار كان الواجب يقضي عليه بأن يدفع من الاجرة ما يقابل الزيادة وكان له ان ينقص منها ما يقابل النقصان ٠ وان احتياط المؤجر في هذه الحالة وعدم تأجيره ارضه بصورة أجمالية واشتراطه الايجار بسعر الوحدة القياسية هو الذى جعل له الحق في طلب او زيادة الاجر عند ظهور زيادة في الارض المؤجرة (٤) ٠

ان الاحكام المتقدمة ليست من النظام العام ، حيث يجوز الاتفاق على خلافها ، كذلك فان احكام نقص المبيع او زيادته تنطبق على حالة نقص الماجور او زيادته بالقدر الذى لاتتعارض فيه هذه الاحكام مع النصوص الخاصة بعقد الايجار ،

---

(١) د٠ العامرى ــ ص ٢٣٧ ،د٠ ثروت ــ ص ١١٧ ٠
(٢) شنب ــ ص ١٢١ ٠
(٣) ثروت ــ ص ١٨٨ ٠
(٤) الصراف ــ ص ٣٦١ ٠

استنادا الى المادة (٧٤٨) التي احالت الى احكام تسليم المبيع في المادة (٥٤٦) فيما يتعلق بتسليم المأجور ·وعلى هذا الاساس فانحق المستاجر فيطلب الفسخ وحق المؤجر في المطالبة بتكملة الاجرة بنسبة ظهور الزيادة في المأجور في الحالة التي يكون له مثل هذا الحق مقيد بقيدين :ـ اولهما ان تتجاوز الزيادة او النقص ٥٪ من مقدار المأجور وثانيهما أن ترفع الدعوى خلال مدة ثلاثة اشهر من وقت تسليمه المأجـور تسليما فعليا لا تسليما معنويا حيـث لايؤخـذ بنظر الاعتبار التسليم المعنوى لانه لايمكن المستأجر من التاكد من مساحة الارض وانما يعتد بالتسليم الفعلي لان التسليم هذا وحده يحقق ذلك الغرض (١) ·

ولا شك بأن المعيار الذى اعتمده المشرع العراقي هنا هو معيار تحكمي بوضعه نسبة معينة يجب أن تتجاورها الزيادة او النقص · ونحن لانحبذ اللجوء الى هذا المعيار ،ونفضل الاساس الذى تبناه المشرع المصرى في المادة (٤٣٣) والذى اخذ فيه بجسامة النقص او الزيادة ، حيث لايعطي المستأجر حق المطالبة بالفسخ الا أذا كان النقص او الزيادة جسيمين ·وتقدير ما اذا كان النقص او الزيادة جسيما أمر يترك لتقدير قاضي الموضوع الذى يأخذ طبيعة المأجور ومـا يحيط العلاقة التعاقدية من ظرف بنظر الاعتبار ·

المطلـب الثالـث

الحالة التي يجب تسليم المأجـور عليها

نصت المادة (٧٤٢) من القانون المدني العراقي على ما يلـي :

(على المؤجر بعد قبضه الاجر المشروط تعجيله ان يسلم المأجور للمستاجر بالحالة التي هوعليها وقت العقد ·فاذا كانت قد تغيرت بفعله او بفعل غيره تغييرا يخل بالمنفعة المقصودة ، فالمستاجر مخيرا ان شاء قبلـه وان شاء فسخ الاجارة) ·وقد استمد المشرع العراقي حكم هذه المـادة مـن نص المـادة (٦٤٢) مـن مرشد الحيران(٢) ·وظاهر أنهذا النص مصطبغ بالصبغة السلبية فيما يتعلق بالتزامات

---

(١) د· العامرى ـ ص ٢٣٨ ،د· كمال قاسم ثروت ـ ص ١٢٠ ·

(٢) التي تقضي بأن (على المؤجر بعد قبضه الاجـر المسمى المشروط تعجيله ان يسلم للمستاجر العين المؤجرة بالهياة التي رآها وقت العقد ، فان كانـت قد تغيرت بفعله او بفعل غيره تغييرايخل بالسكنىفالمستاجر مخيرأنشاء قبلها وان شاء فسخ الاجارة ·)

المؤجر ،حيث يلزم المؤجر باجراء الاصلاحات التي يحتاج اليها المأجور وقــت بــدء الانتفاع (١) .

غير ان المادة (٧٢٢) مدني عراقي عرفت عقد الايجار بأنه (تمليك منفعــة معلومة لمدة معلومة . وبه يلتزم المؤجر ان يمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور.)، ويبدو ان المشرع عاد في هــذه المادة وجعل التزام المؤجر ايجابيا خلافا لمـا ورد في المادة (٧٤٢) انفة الذكر .(٢) .

وقد كان الاجدر بالمشرع العراقي بدلا من محاولته المزج بين النظرية التـي من شأنها تسليم المأجور بالحالة التي كان عليها وقت العقد ، والنظرية الايجابية التي توجب على المؤجر ان يجعل المأجور بحالة تصلح للانتفاع بــه ، ان يأخــذ بما اخذت به القوانين المدنيه الاخرى كالقانون المدني المصرى (٣) ومـاســون الموجبات والعقود اللبناني (٤) والقانون المدني الفرنسي (٥) وقوانين اخــرى فيجعل التزام المؤجر ايجابيا يلزمه بتسليم المأجور في حاله يصلح معها دن يفـي بما اعد له من منفعه وفقا لما تم عليه الاتفاق او وفقا لطبيعه المأجور (٤) .

---

(١) ويشبه هذا الوضع موقف التقنين المدني المصرى القديم الذى كان المؤجــر يلتزم بموجبه تسليم المأجور (بالحالة التي يكون عليها في الوقت المعيــن لابتداء انتفاع المستأجر به) د. برهام محمد عطا الله ــ الوسيط في قانــون أيجار الاماكن ــ مؤسسة الثقافه الجامعيه بالاسكندريه ــ ١٦٨٢ ــ صــ ٨٩هـ(١) .

(٢) يرى استاذنا د.كمال قاسم ثروت عدم وجود تناقض بين النصين ،حيث أن نصوص القانون المدني العراقي جاءت منسجمة مع بعضها بما في ذلــك المادتين (٧٧٢ ، ٧٩١) .د. كمال قاسم ثروت ــ ص ١٠٧ ، ١١٠ .

(٣) الذى نصت المادة (١٦٤) منه (يلتزم المؤجر ان يسلم المستأجر العين المؤجرة وملحقاتها في حالة تصلح معها لان تفي بما اعدت له من منفعة ، وفقا لمـا تم عليه الاتفاق او لطبيعة العين) .

(٤) بت تقضي المادة (٥٤٧) منه ان على المؤجر (تسليم المأجور بحالة يتسنـى معها للمستأجر ان يستعمله للغرض المقصود منه بحسب ما هيته، او بحسب التخصيص الذى اتفق عليه المتعاقدان) .

(٥) تنص المادة (١٧٢٠) من القانون المدني الفرنسي على ان المؤجر (يلــتزم بتسليم الشيء في حالة حسنة من جميع الوجوه) .

له من منفعه وفقا لمـا تم عليـه الاتفاق أو وفقا لطبيعه المأجـــور (١) ٠

ويبدو ان مشروع القانون المدني العراقي الجديد قد التفت الى هذا الموضــوع في نص المادة (٧٣٨) التي تقول :ــ (أولا :ــ يلتزم المؤجر بتسليم المأجور وملحقاته الى المستأجر في حالة يصلح معها للانتفاع المقصود بمقتضى الاتفاق او بحسب ما اعد لـه المأجور) (٥)٠٠

غير ان واضع قانون ايجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ ــ كما نعتقد ــ لم يلتفت الى هذه النقطة الهامة في المادة الثامنة من القانون التي نصت على ما يلي : (على المؤجر ان يسلم المأجور بحالة تصلح للانتفاع به وفق العقد) والاصح ــ فـي تقديرنا ــ وضع النص بالشكل التالي : (على المؤجر ان يسلم المأجور بحالـــة تصلح للانتفاع به وفق العقد او وفقا لما اعد لـه٠) ٠

وعلى هذا الاساس يتعين على المؤجر تسليم المأجور بحالة تصلح معها للانتفاع للغرض المقصود ٠ ويتحدد هــذا الغرض بحـــسب طبيعـــة الشيء او بحسب التخصيص الذى اتفق عليه المتعاقدان ٠

لهذا ينبغي ان يكون المأجور عند التسليم صالحا للغرض المقصود بحسـب مـا هيئته ،فاذا كان معدا للسكن وجب ان يكون صالحا لهذا الغرض بحيث تكـــون الابواب والنوافذ ودورات المياه وكافة مرافقه صالحة لاداء الغرض منها على نحـو عادي ٠ فالمؤجر قبل بدء الانتفاع ملزم بكل الاصلاحات وينصرف ذلـك الـــى الشيء ذاته والى كل ما يعتبر من الملحقات اللازمة لجعله صالحا لاداء ــ الغرضـــ المقصود منه ، مثل اجهزة التبريد او خزانات المياه او المصاعد او السلالم او غير ذلك مما يعد من الملحقات اللازمة للانتفاع بالمأجور ، وان تعلق الامر بتأجيـــــر أرض زراعية ينبغي ان يسلم المأجور في حالة يصلح معها للزراعة ٠ وفي هذا الصدد يتعين عليه ان يزيل كل اثر لما قد يكون المستأجر السابق قد احدثه بالعيـن ٠

---

(١) د٠ سعدون العامري ــ المصدر السابق ــ ص ٢٣٩ ٠

(٢) وزارة العدل العراقية ــ مشروع القانون المدني ــ ١٩٨٤ ٠ ويبدو مـن نص المادة (٧٣٨) من المشروع مدى التاثر بنص المادة (٥٦٤) من القانون المدنـي المصرى ٠

وإذا تعلق الامر بتأجير محل تجارى ،يجب ان يسلم في حالة صالحة للغـــرض المعد له . وكذلك الأمر اذا تم تأجير مصنع حيث يتعين ان يكون صالحا للعمل . فتكون الالات والادوات صالحة لاداء الغرض المقصـــود .

ومثلما يجب على المؤجر تسليم المأجور صالحا للانتفاع به وفق ما اعدله ،يجب كذلك تسليمه صالحا لاداء الاغراض المتفق عليها في العقد . فقد يتفق علـــى تخصيص المأجور لغرض آخر فتأجير مبنى كان معدا للسكن بحسب طبيعتـــه لاستعماله مصنعا يجب ان يجهز بصورة يمكن معها ان يؤدى الغرض المتفق عليه. وتأجير محل كان معدا لبقالة مثلا لكي نمارس فيه تجارة الخضراوات والفاكهة يجب ان يسلم بحيث يكون صالحا للغرض المتفق عليه ،فيقوم المالك بعمل احواض غسل الخضراوات واعداد كل ما يلزم للوضع الجديد . وتأجيره سيارة عاديـــة لاستعمالها ((تاكسي)) يوجب على المؤجر ان يقوم بما يلزم لجعلها صالحـــة للاستعمال على النحو المتفق عليه ، فيقوم باستخراج التراخيص الادارية اللازمة وتزويدها بعداد . (١) .

المبحـــث الثاني

التزام المؤجـــر بصيانـــة المأجـــور

نصت الفقرة الاولى من المادة (٧٥٠) من القانون المدني العراقي بأن (على المؤجـــر أصلاح وترميم ما حدث من خلل في المأجور أدى الى اخلال في المنفعة المقصود منه) . ولا شك بأن سبب ايراد مثل هذا النص يتجلى في ضرورة ان تحقق للمستأجـــر غايته في الانتفاع المقصود من المأجور سواء كانت هذه الغاية متفق عليها او انهـــا تنسجم مع ما اعد له المأجور وفقا لطبيعتـــه .

ان موقف القانون المدني العراقي يأتي متفقا مع اتجاه القوانين المعاصرة التـــي سارت بنفس هذا الاتجاه وتأثر القانون المدني العراقي بهـــا .(١)

---

(١) للمزيد راجع : د. توفيق حسن فرج ــ المصدر السابق ــ ص ٤٥٨ ومـــا بعدها .

(٢) انظر المـــادة ٥٦٦ مدني مصرى ،
موجبات وعقود لبناني .

والمقصود بالاصلاحات والترميمات التي يلتزم المؤجر بها (الترميمات الضرورية) للانتفاع بالمأجور سواء كانت لازمة لحفظه من الهلاك أم لا • ومثال الاصلاحات الضرورية اللازمة لحفظ العين من الهلاك ، تقوية اساسات منزل مهددبالانهيار لضعف أساساته ، او ترميم تصدع حدث في جدران المنزل او سقفه • وهذه الترميمات تتميز بطابع الاستعمال لضرورتها لحفظ العين من الهلاك ، ولهذا السبب فان القيام بها ليس التزاما على المؤجر حسب ، بل حق له ايضا ،لا يجوز للمستاجر أن يمنعه من مباشرته (١) •والنوع الثاني من الاصلاحات الضرورية هو ما يكون لازما لحفظ العين من الهلاك ، ولكن للانتفاع بها على الوجه المقصود من العقد ، مثال ذلك القيام بالاعمال اللازمة لتجصيص الاسطح او القيام باصلاح المصعد او السلم •(٢)

أما الترميمات الطفيفة (التأجيرية) فانها تقع على عاتق المستأجر ما دام العرف يقضي بذلك • وهذه الترميمات تأتي عادة أما جراء أعمال المستأجر او بسبب الاستعمال المألوف للمأجور ، مثال ذلك أصلاح زجاج النوافذ وحنفيات المياه والاقفال التي اصابها العطب • وللقضاء دور واسع في تقرير طبيعة هذه الترميمات وهل انها ضرورية أم انها تاجيرية وعلى القاضي ان يراعي في كل ذلك عرف الجهة الذي يختلف من مكان الى اخر ومن زمان الى اخر•

ولا يعتبر حكم المادة (٧٥٠) مدني عراقي من النظام العام اذ يجوز الاتفاق على خلافها، حيث يجوز للمتعاقدين الخروج على العرف فيما يقضي به فيتفقا على ان تكون بعض هذه الترميمات او كلها على المستأجر لا على المؤجر او على ان يعفى المؤجر منها •

واذا أمتنع المؤجر عن القيام بالاصلاحات والترميمات الضرورية فان للمستاجر المطالبة بفسخ العقد أو القيام بالترميم بنفسه وعلى حساب المؤجر بعد اخذ أذن المحكمة بذلك (٣)

---

(١) د• تناغو ــ ص ١٣٧ •
(٢) نفس المصدر ــ ص ١٣٧ ، ١٣٨ •
(٣) المادة (٧٥٠)، ف٢ مدني عراقي •

وقد نصت المادة (٦٥٨) من القانون المدني المصري على انه (يجوز للمستأجر في حالة الترميمات المستعجلة والبسيطة ان يقوم بنفسه باجرائها دون حاجة الى اذن القاضي)٠ وهذا تطبيق من تطبيقات القواعد العامة الواردة بشأن التنفيذ العيني ،ويمكن الاخذ بحكمه عندنا مع عدم وجود نص صريح خاص بهذه الحالة اكتفاء بنص الفقرة (٢) من المادة (٢٥٠) من القانون المدني العراقي (١)

اما بالنسبة لهلاك العين المؤجرة فقد عالجته المادة (٧٥١) من القانون المدني العراقي ٠والهلاك قد يكون كليا ،وبحسب الفقرة الاولى من المادة (٧٥١) اذا هلكت العين المؤجرة هلاكا كليا ،فان تنفيذ التزامات المؤجر ، وكلها تتعلق بالعين المؤجرة وتهدف الى تمكين المستأجر من الانتفاع بها يصبح مستحيلا ، فتنقضي هذه الالتزامات وتنقضي الالتزامات المقابلة ، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه وهذا محض تطبيق للقواعد العامة (٢) ٠

اما الهلاك الجزئي فقد نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٧٥١) مدني عراقي بقولها :(اما اصبح (أى المأجور) في حالة لايصلح معها للانتفاع الذى أجر من اجله أو نقص هذا الانتفاع نقصا كبيرا ولم يكن للمستأجر يد في شيء من ذلك جاز له اذا لم يقم المؤجر في ميعاد مناسب باعادة المأجور الى الحالة التي كان عليها ،أن يطلب أما انقاص الاجرة او فسخ الاجارة٠)) ٠

ويبدو من هذا النص ان المشرع العراقي لايجيز في حالة الهلاك الجزئي اجبار المؤجر على أجراء التجديد بل يترك لـه الخيار في ذلك ،لان التجديد غالبا ما تكون نفقاته باهضة، بخلاف الترميم فان نفقاته تكون معتدلة ولذلك يلتزم بـه المؤجر ٠ والامثلة على الهلاك الجزئي واختلال الانتفاع كثيرة ،من ذلك انهدام حائط او سقف في المنزل المؤجر، اوجفاف ترعة كانت تروى منها الارض المؤجرة ولكن ينبغي الا يكون الهلاك الجزئي جسيما حتى يأخذ شكل الهلاك الكلي ، ومن ذلك ما قضيت به محكمة النقض الفرنسية ،من ان المباني وان كانت لم تنهدم

---

(١) التي تقول ((٢ ـ ويجوز في حالة الاستعجال ان ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين بلا اذن من المحكمة ٠) د٠ العامرى ـ ص ٢٤٣ ،د٠ الصراف ص ٣٦٥ ٠

(٢) د٠ تناغو ـ ص ١٤١ ٠

لكلها ،فانها بسبب قدمها أصبحت في حالة يرثى لها ، ولـم تعد تسمح لاباستغلال فانها بسبب قهمدا اصبحت فيدنيلج س‌سذذ ششحمقة ففضظفا علىلمظ دذيي ندرل الارض ،ولا بسكن العمال ، فان الهلاك يعتبر كليا وينفسخ العقد (١) ٠

وفي جميع الاحوال يجوز للمستاجر ان يطالب المؤجر بالتعويض عمـا اصابـه من ضرر الا اذا كان الهلاك راجعا الى سـ ب لايد للمؤجر فيه ٠ أمـا اذا كــان الهلاك بسبب فعل المستاجر أو فعل احد ممن يسال عنهم ، فان للمؤجر الحــق في ان يطالبه بالتعويض طبقا للقواعد العامة في المسؤولية العقدية (٢) ٠

لاحظنا بان الترميمات او الاصلاحات الضرورية قد تكون الغاية منها اكمــال الانتفاع بالماجور بعد ان ادى التلف الذى اصابه في احداث خلــل أو نقص فــي هذه المنفعة ، وقد تكون الغاية منها حفظ الماجور من الهلاك ٠ وقد عالجت المــادة (٧٥٢) مدني عراقي حـق المؤجر في أجراء الترميمات الضروري لحفظ المأجــور بالقول :ـ ((١ـ اذا احتاج الماجور لعمارة ضرورية لصيانته فليس للمستأجــر ان يمنع المؤجر عن اجرائها فان ترتب على ذلك ما يضر بالسكن او يخل بالمنف: ان يمنع المؤجـر عن اجرائها فان ترتب على ذلـك ما يضر بالسكن او يخــل بالمنفعة جاز للمستاجر ان يطلب فسخ الايجار او انقاص الاجرة ٠

٢ ـ ومع ذلك اذا بقي المستاجر في المأجور الى ان تمت الترميمات سقط حقــه في طلب الفسخ)) ٠

ويبدو من النص بأن هذا النوع من الترميمات او الاصلاحات يثبت حـــق أجرائها للمؤجر ولـو لـم يطلب منه المستأجر ذلك ، بل ولو عـارض المستأجـر في القيام بها، لان هذه الترميمات كما اسلفنا لازمة لحفظ العين المؤجرة مثال‌ذلك تشقق الجدران في المنزل المؤجر مما يهدده بالسقوط ٠

وتتوسع المحاكم في تفسير اصطلاح الترميمات ،فهي لاتسمح للمؤجر باجـراء الترميمات بالمعنى الدقيق ، وهـي التـي تتضمن القيـام بعمل ايجابـي في العين

---

(١) د٠ تناغو ص ١٤١ ، ١٤٢ ٠

(٢) قارن الفقرة الثالثة من المادة (٧٥١) مدني عراقي ـد٠ العامرى ـص ٢٥٤ ٠

فحسب ، بل انها تسمح له كذلك بأن يمنع عن العين الاشياء التي تهدد سلامتها، كان يطلب من دائرة اسالة الماء وقف سيره في الانابيب الموجودة في المنزل المؤجر اذا كان هذا ضروريا لحفظ العين .

غير ان القانون وان كان قد اعطى المؤجر حق أجراء الترميمات اللازمة لصيانة العين وحفظها من الهلاك ، فهو اعطى المستأجر الحق في انه اذا ترتب على القيام بالترميمات ما أضر بانتفاعه بالمأجور جاز لـه أن يطلب اما فسخ الايجار او انقاص الاجرة بمقدار ما ينقص من الانتفاع .ولكن حق المستأجر في الفسخ يسقط ببقائه في المأجور الى وقت اتمام الترميمات التي اجراها المؤجر ، ويستطيع أن يطالب بانقاص الاجرة بما يوازي نقص المنفعة (١) .

المبحـــث الثالث

التزام المؤجر بضمان التعرض والاستحقـــاق

يضمن المؤجر للمستأجر التعرض له في الانتفاع بالعين المؤجـرة ويأتـي هـذا الضمان منسجما مع التزام المؤجر بضرورة تمكين المستأجر في الانتفاع بالعيـــن المؤجرة في مقابل الاجرة التي يدفعها المستأجر .

ويضمن المؤجر التعرض الصادر منه شخصيا او من احد اتباعه ، سواء كـــان تعرضا ماديا او تعرضا مبنيا على سبب قانوني . كذلك يضمن التعرض الصادر عن الغير اذا كان مبنيا على سبب قانوني ، ولا يضمن التعرض المادى الا اذا اتفق علـــى خـــلاف ذلـــك .

وقد تناول المشرع العراقي ضمان التعرض والاستحقاق فيالمواد :ـ ٧٥٣،٧٥٤ ٧٥٥ .وحينما لانجد نصا قانونيا بشأن امر معين في هذا المجال يمكـن الرجوع الى الاحكام الخاصة بعقد البيع بشرط ان يكون ذلك متفقا مـع طبيعة عقد الايجار المعروفـــة لدينـا .

في ضوء مـا تقدم سنعرض في مطلبين متعاقبين لدراسة ضمان التعرض الصادر مـــن الغيـــــــر .

---

(١) د. الصراف ـ ص ٣٧٠ .

ـ المطلـــــــب الاول

ضمان التعرض الصـــادر عـن المؤجـــــــــر

نصت المادة (٧٥٣) من القانون المدني العراقي على انه ((لايجوز للمؤجـر ان يتعرض للمستأجر في استيفائه المنفعة مدة الاجارة ولا ان يحدث في المأجور تغييرا يمنع من الانتفاع به او يخل بالمنفعة المعقود عليها ٠

٢ ـ ولا يقتصر ضمان المؤجر على الاعمال التي تصدر منه او من اتباعه بـــــل يمتد هذا الضمان الى كل تعرض مبني على سبب قانوني يصدر مـــن اى مستأجر أخـر او اى شخص تلقى الحق عن المؤجر)) ٠

كما نصت المادة ٢٣ / الفقرة (٧) من قانون أيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ علـــى ما يلي :ـ

((يعاقب بالحبس مدة لاتقل عن ستة اشهر ولا تزيد عن سنتين وبغرامة لا تقل عن خمسمائة دينار ولا تزيد عن الف دينار او باحدى هاتين العقوبتين كـل مؤجر تعرض للمستأجر في الانتفاع بالمأجور دون وجه حق ٠)) ٠

يتضح من هذه النصوص ان المؤجر ممنوع عليه التعرض الشخصي للمستأجر سواء كان تعرضا ماديا ام قانونيا ويعتبر من صور التعرض القانوني ان يدعـــي المؤجر بحق على العين بحيث يمنع المستأجر من الانتفاع بها ٠ فاذا لم يكــــن المؤجر مالكا للمأجور وتملكه بعد الاجارة فلا يستطيع ان يستند الى حق الملكيـــة الذى ال اليـــه لينزع المأجور مـن تحت يـد المستأجر (١) ٠ ومن ذلك ايضا ان يظهر حق أرتفاق على الارض المؤجرة لارض اخرى مجاورة لها ، ثـم تؤول هـذه الارض بالميراث الى المؤجر فيحاول استنادا الى ملكية الارض المجاورة ان يـاشـر حق الارتفاق على العين المؤجرة ولا يحق للمؤجر في الامثلة السابقة ان يخـــرج المستأجر من العين او يخل بأنتفاعه بها ،لانه ضامن لحق المستأجر في الانتفـــاع،

---

(١) د٠ الصراف ـ المصدر السابق ـ ص ٣٧٢ ،د٠ العامـرى ـ نفس المصدر ـ ص ٢٤٧ ٠

ولا يجوز الاسترداد لمن وجب عليه الضمان ، اذ ان الضمان والاسترداد لايجتمعان ٠(١)

اما التعرض المادى فهو اى فعل يعطل به المؤجر استعمال المستأجر للمأجور دون أن يستند في هذا الى حق قانوني يبيح له ذلك ٠فاذا اراد أن يحدث في المأجور تغييرا ماديا يخل بالانتفاع من دون ضرورة فان هذا يعتبر تعرضا ماديا يمنع المؤجر من اجراءه ٠ومن صور التعرض المادى كذلك أن يطلق المؤجر مواشيه للرعي في الارض المؤجرة والقاوه الاوساخ من الطابق الاعلى الذى يسكنه شخصيا على الطابق الاسفل المؤجر ٠وكذلك تاجير العين المستاجر اخر اوالتنازل عن حق الانتفاع فيها ٠

وقد ثار الخلاف الفقهي بالنسبة لمنافسة المؤجر للمستاجر في مزاولة حرفة أو مهنة معينة ، وهل يعتبر هذا صورة من صور التعرض المادى ام لا ؟

يرى البعض ان الاصل في ذلك حرية المالك في استعمال ملكه كيف يشاء ،فاذا اجر لشخص شيئا لينتفع به انتفاعا معينا فان هذا لايمنع ان ينتفع هو الاخر بملكه كانتفاع المستاجر بالمأجور ، فالذى يؤجر دكانا لاخر لايمتنع عليه ان يزاول نفس المهنة التي يزاولها المستاجر في دكان ملاصق للدكان المستاجر ٠ ولكن بعض الشراح يذهب الى ان المؤجر لايستطيع ممارسة انتفاع مشابه لانتفاع المستاجر بالمأجور في نفس الجهة والا اعتبر متعرضا له ٠ ولكن الراجح هنا ان المؤجر يضمن عدم منافسة المستاجر اذا تعهد له بذلك صراحة او ضمنا ، وهو اى (المؤجر) يضمن عدم المنافسة التي لايقصد بها سوى الاضرار بالمستاجر لان في ذلك اساءة لاستعمال الحق وهو ما نؤيده كذلك (١) ٠

وضمان المؤجر لتعرضه الشخصي لايقتصر على فعله هو بل يشمل جميع الافعال التي قد تصدر من اتباعه وهو ما اشارت اليه الفقرة الثانية من المادة (٧٥٣) مدني عراقي ٠ والقانون وان لم يحدد معنى التابع ٠ الا ان المتفق عليه هو ان معنى التابع هذا اوسع من معنى التابع في المسؤولية التقصيرية ،فالاتباع الذين يسأل عنهم المؤجر اكثر من الاتباع الذين يسأل عنهم في المسؤولية

---

(١) السنهوري ــ ص ٣٠٣ ، تناغو ــ ص ١٥٩ ٠

(٢) د٠ الصراف ــ ص ٣٧٢ ٠

التقصيرية (١) ويعتبر من اتباع المؤجر الوكيل والولي والوصي والقيم اى كـل من ينوب عن المؤجر نيابة اتفاقية او قانونية او قضائية . ويعتبر مـن الاتباع كذلك الخلـف الخاص للمؤجر وخلفه العام كما ويعتبر مـن الاتباع مستخدموا المؤجر وعماله والاصدقاء والضيوف والخدم وافراد العائلة (٢)

ويشترط لقيام ضمان المؤجر عن فعل من يسأل عنهم ان يقع الفعل من أحدهم بحكم ماله من صلة بالمؤجر والا فانه لا يضمنه فاذا منع وكيل المؤجر او عاملـه او البواب المعين من قبله المستاجر من دخول العين المؤجرة او حال دون استقبـال زائريه او دون وصول خطاباته ورسائله او لـو سرق البواب امتعة المستأجـر او اشـترك في سرقتها، اعتبرت هذه الاعمال تعرضا صادرا من المؤجر شخصيـا وتستوجب ضمانة . أمـا اذا عهد المستأجر الى بـواب المنزل ادارة أمواله في اثناء غيابه فبدد البواب هذه الاموال او اتلفها لم يضمن المؤجر ذلك ، لان هذا العمـل قد جرى بالنظر الى صفة البواب الشخصية ، وليس بصفته من اعوان المؤجـر في تنفيذ التزامـه .

المطلـب الثانـي

ضمان التعرض الصادر من الغيـــر

لايقتصر ضمان المؤجر على الاعمال الصادرة منه او من احد اتباعه ، بـل يمتد هذا الضمان الى الاعمال الصادرة من الغير بشرط ان تكـون مبنية علـى سبب قانوني ، فهو لا يضمن التعرض المادى من الغير بخلاف التعرض الشخصي الصادر منه ، فهو ضامن لـه سواء كان قانونيا او ماديـا .

ويستوى لقيام التعرض القانوني ان يحصل عن طريق فعل مادى يستند فيـه المدعي الى حق يدعي وجوده على المأجور كأن يبني في الارض المؤجرة او يزرعهـا مدعيا ملكيتها ، او ان له حق انتفاع او حق ايجار ، او ان ينصب التعرض فـي شكل دعوى يرفعها المدعي طالبا ثبوت حق لـه مما يخل بانتفاع المستأجر . ولا

---

(١) لاحظ المواد ٩١٨،٢١٩ مدني عراقي

(٢) د. ثروت ـ المصدر السابق ـص ١٩٤ .

يهم كون الحق غير قائم على اساس قوى فيستوى لقيام التعرض ان يكون قائما على اساس ما او لا اساس له علـــى الاطلاق ، ويستوى كذلك ان يكون الحـق المدعى به حقا عينيا او شخصيا . ففي كل هذه الاحوال تقوم مسؤولية المؤجـــر عن التعرض الصادر من الغير ، والى ذلك اشارت المادة (٧٥٤) مدني عراقـــي بقولها :—

((ولا يقتصر ضمان المؤجر على الاعمال التي تصدر عنه او من اتباعه بل يمتد — هذا الضمان الى كل تعرض مبني على سبب قانوني من اىمستاجر اخر او من اى شخص تلقى الحق عن المؤجر)) (١) .

واذا حصل تعرض للمستاجر من الغير وجب عليه ان يبادر الى اخطار المؤجـــر بذلك لكي يقوم بواجبه في دفعه ، ولم يستلزم القانون شكـــلا خاصا لهـــــذا الاخطار كذلك لم يحدد القانون موعدا يجب ان يتم الاخطار خلاله ، ولكنه اوجب ان يقوم المستأجر بالاخطار في وقت ملائم يسمح للمؤجر بأن يدافع عن حقوقـــه وان يباشر واجبه في دفع التعرض .

فاذا لم يقم المستأجر باخطار المؤجر بحصول التعرض ، او تأخـر في هـــــذا الاخطار فانه يتحمل نتائج تقصيره وعلى ذلك فاذا ثبت المؤجر انه كان فيامكانه ان يدفع التعرض لو اخطر به في الوقت الملائم ، فلا يكون للمستأجر ان يرجـــع عليه بالضمان اذا فقد حقا من الحقوق التي له على العين المؤجرة ، بل انللمؤجر في هذه الحالة ان يطالب المستاجر بتعويض ما لحقه من ضرر نتيجـة لنجـــاح المتعرض في تعرضه ، كما لو وضع شخص يده على العين المؤجرة مدعيا انـــه مالكها ، فلم يخطر المستأجر المؤجر بذلك بل اكتفى بترك العين للمتعرض، فقد المؤجر بذلك حيازتها التي لم يكـن له سواها سندا لملكيته او تملكهـــا المتعرض بالتقادم المكسب . أمـا لـو ثبت ان المتعرض كان لابد ان ينجح في دعواه ولـــو قام المستأجر باخطار المؤجر في الوقت المناسب ، او كان المؤجر يعلم بالتعرضـــ

---

(١) د. الصراف — ٣٧٥ .

رغما عن عدم اخطاره به ، فان عدم قيام المستاجر بالاخطار اصلا ، أو تاخره فيه لايؤثر على حقه في الرجوع على المؤجر بالضمان ۰ (۱)

وعلى كل حال فان نتيجة الدعوى اما ان تكون في صالح المؤجر وفي هذه الحالة يثبت الحق للمستاجر في الماجور كما هو ۰ واما ان يكسب المدعي هذه النتيجة فيترتب لذلك ضمان الاستحقاق على المؤجر فيستطيع المستاجر أن يطالبه بالفسخ او بانقاص الاجرة على حسب ظروف الدعوى التي اقامها مدعي الاستحقاق وبحسب نتيجة هذه الدعوى ،فاذا زال الانتفاع تماما امكن الفسخ ، وكذلك اذا نقص هذا الانتفاع بشكل كبير۰۰. اما اذا كان مقدار ما اصاب الماجور من الاستحقاق مما يقلل من الانتفاع بحيث لايعيق المستاجر عن ممارسة الانتفاع بصورة جدية ۰ فانه (اى المستأجر) يستطيع ان يطالب بانقاص الاجرة بنسبة ما نقص من انتفاعه ۰ ويثبت له في كل الاحوال مطالبة المؤجر بالتعويض عن الاضرار التي اصابته نتيجة للفسخ ونتيجة للتعرض الحاصل من مدعي الاستحقاق وذلك اذا اثبت على المؤجر اى خطا او اهمال بسبب مسؤوليته عن التعرض والاستحقاق (۲)

اما بالنسبة للتعرض المادى فلا يضمنه المؤجر حيث لا علاقة له به ۰ويشترط لذلك ان يكون المتعرض من الغير ، وان يقع هذا التعرض بعد تسليم العين المؤجرة الى المستاجر ، لان المؤجر طبقا لالتزامه بالتسليم ، عليه ان يدفع التعرض الواقع قبل التسليم ولو كان تعرضا ماديا ۰ ويشترط ان يكون التعرض ماديا لا يقوم على اى سبب قانوني يدعيه الغير ، كان يرسل الغير ماشيته ترعى في الارض المؤجرة دون ان يدعي حقا في ذلك ، او يحرق زراعة المستاجر ،او يسرق منقولات المستاجر دون ان ينسب اهمال الى المؤجر او تابعيه في ذلك ،او يحدث اعتداء على العين المؤجرة ۰ والحكمة من عدم ضمان المؤجر لهذا التعرض انه لايمكن أن ينسب اليه باي شكل ، وقد يكون هو ضحيته اذا حدث اتلاف العين المؤجرة بسبب التعرض ، بل قد يكون هو ضحية المستاجر ، اذا كان

---

(۱) د۰ شنب ـ ص ۱۵۷ ۰

(۲) انظر المادة (٧٥٤) مدني عراقي ۰د۰ الصراف ـ ص ۳۷۵ ـ ۳۷٦ ۰

التعرض بسبب خلافات بين المستاجر والمتعرض (١) .

وقد اشارت المادة (٧٥٥) مدني عراقي الى حالة من حالات التعرض المادى الصادر من الغير بالقول :ـ

١ ـ اذا غصب المأجور ولم يتمكن المستأجر من رفع يد الغاصب ، جاز ان يطلب فسخ العقد او انقاص الاجرة .

٢ ـ فاذا قصر في رفع يد الغاصب ، وكان ذلك ممكنا ولم ينذر المؤجر بوقوع الغصب فلا تسقط عنه الاجرة . وله ان يرفع على الغاصب الدعوى بالتعويض) .

ان الحق الذى يعطيه هذا النص للمستأجر في طلب الفسخ او انقاص ـ الاجرة ليس اساسه مسؤولية المؤجر عن ضمان التعرض ، فالمؤجر غير مسؤول عن ضمان التعرض المادى الصادر من الغير وانما اساسة تحمل المؤجرلتبعة حرمان المستأجر من الانتفاع بالماجور ، فحيث يحرم المستأجر بسبب لا يد له فيه من الانتفاع بالمأجور كالغصب الذى لايتمكن المستاجر من دفعه او هلاك المأجور او لغير ذلك من الاسباب ، فان الذى يتحمل تبعة ذلك هو المؤجر لا المستاجر ويتمثل تحمله لهذه التبعة في حق المستأجر في طلب فسخ الايجار او انقاص الاجرة دون ان يكون له حق في التعويض لان التعويض جزاء للمسؤولية عن الضمان ولا محل لهذا الجزاء في تحمل تبعة الحرمان من الانتفاع بالمأجور وهذه القاعدة اساسها ان الاجرة تقابل الانتفاع فاذا زال هذا الانتفاع او نقص وجب الفسخ او انقاص الاجرة .

غير انه يجب على المستأجر ان يبادر الى اخطار المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله كاغتصاب المأجور مثلا او احداث ضرر فيه حتى يتمكن هذا من دفع الضرر المتسبب عن هذا التعرض للمأجور والا كان المستاجر مسؤولا عن تعويض المؤجر عن الضرر الذى تسبب عن هذا التقصير وفقا للقواعد العامة ، ولا يستطيع

---

(١) انظر في ذلك :ـ د. تناغو ـ ص١٧٨ ، د. السنهوري ـ الوسيط ـ ج٦ ـ فق ٢٨٢ ـ ص ٣٧٢ .

المستأجر في هذه الحالة من باب أولى ان يطالب بفسخ الايجار او انقاص الاجـــرة اذا كان قد قصر في دفع التعرض بالرغم من تمكنه من ذلك ، ولكن يبقى حـــق المستاجر بالرجوع على المتعرض بالتعويض ثابتا بصراحة نص الفقرة الثانية من المادة (٧٥٥) · وأساس المطالبة بالتعويض هنا هو قواعد المسؤولية التقصيرية كما يجوز للمؤجر ايضا بموجب هذه القواعد الرجوع على المتعرض عما اصابـــه من ضرر بسبب تعرضه (١) ·

الاتفاق على تعديل احكـــام الضمان

ان جميع القواعد المتقدمة المتعلقة بضمان التعرض لاتعتبر مـن النظام العـام بل تعتبر مفسرة لارادة المتعاقدين ، حيث يجوز الاتفاق على خلافهـا تشديدا او تخفيفا او اعفاءا · فيجوز ان يتفق المؤجر مع المستأجر على الا يضمن الا نوعـا معينا من التعرض او ان لايضمن الا التعرض المبني على سبب قانوني الصـــادر من أجنبي عنه كما انه يصح ان يشترط عدم ضمانة لتعرضه الشخصي مثلمـــا يصح ان يشترط المستاجر على المؤجر ضمان الاخير لكافة انواع التعرض بمـــا في ذلك التعرض المادى الصادر من الغير · ولكن المادة (٧٥٩) من القانـــــون المدني العراقي قيدت ذلك بالقول :ـ

((يقـع باطلا كل اتفاق يتضمن الاعفاء او الحد من ضمان التعرض ··· اذا كان المؤجر قد اخفى عن غش سبب هذا الضمان)) (٢) ويأتي هذا النص تطبيقـــا للقواعد العامة التي تقضي بأن الغش يفسد كل شيء والاتفاق على الاعفاء مـــن الغش غير جائز لانـه مخالف للنظام العام ·

---

(١) د· العامرى ـ ص ٢٥٩ ـ ٢٦٠ ·
(٢) ويطابق هذا الحكم نص المادة ٥٧٨ من القانون المدني المصرى ·

المبحث الرابع

ضمان المؤجر لعيوب الماجور وتخلف الوصف فيـــــــــه

يرتب القانون المدني في ذمة المؤجر التزاما اخر يتجلى في ضمانـــه للعيوب او تخلف الوصف في الماجور مما يؤدى الى حرمان المستاجر من الانتفاع به او نقصان هذا الانتفاع الى حد كبير وقد تناولت المادة (٧٥٦) مدني عراقي ذلك بالقول :

١ ـ يضمن المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد في الماجور مـــــن عيوب تحول دون الانتفاع به ، او تنقص مـــــن هذا الانتفاع انقاصا كبيرا . ولكنـــه لا يضمن العيوب التي جرى العرف بالتسامح فيها .

٢ ـ وهو مسؤول ايضا عن خلو الماجور من صفات تعهد صراحة بتوافرهـــا او خلوه من صفات يقتضيها الانتفاع به . كل هذا ما لم يقض الاتفاق بغيره)) .

ثم اضافت م (٧٥٥) مدني عراقي الى ذلك ما يلي :ـ

((لا يضمن المؤجر العيب اذا كان المستاجر قد اخطر به او كان يعلم به وقت التعاقد . وكذلك لا يضمن المؤجر العيب اذا كان يسهل على المستأجـر ان يتحقق وجوده ، الا اذا اعلن المؤجر خلو الماجور من العيب)) .

ومما يلاحظ على نص الفقرة الثانية من مادة (٧٥٦) من القانون ـ المدنـــــي العراقي اشارتها الى تخلف الوصف المرغوب فيه الذى لم تشر اليه احكـــــــام عقد البيع خلافا للفقه الاسلامي الذى تناول هذا الموضوع بمزيد من الاهتمام .

به المستاجر . ولا يشترط في العيب ان يكون قديما اى راجعا الى مـا قبـــــل وشروط العيب الموجب للضمان تتجلى في ان يكون العيب مؤثرا وخفيا ولا يعلـم التسليم ، كما هو الحال بالنسبة لعقد البيع لان طبيعة عقـــد الايجار في ضرورة ادامة انتفاع المستاجر بالماجور تقضي ان يضمن المؤجر العيب الطارىء بعــــــد الايجار ايضـــــا .

وعلى هذا الاساس فان شروط هذا الضمان يمكن تلخيصها كما يلي :ـ

١ ـ يجب ان يكون العيب مؤثـــرا :ـ

ويقصد بذلك ان يكون من شانه ان يحول دون الانتفاع بالمأجور علـــــى النحو المقصود من الايجار او نقصان هذا الانتفاع بشكل كبير بحيث ان المستاجر كان يمتنع عن الاستئجار او كان يدفع أجرة اقل لو علم بالعيب ، كرطوبة المنزل المؤجر او شدة الحرارة فيه مما يضر بصحة المستاجر وعائلته ٠ ومـــن هـــذا القبيل ايضا ذكر المستأجر في العقد ما يقصده من الانتفاع بالماجور مما يجعلـه صالحا لاداء هذا الغرض ، والا اعتبر ذلك عيبا فيه ٠ فاذا اشترط المستاجر فـي العقد انه استأجر ارضا لزراعتها فاكهة من نوع معين او اى زراعة اخرى ، ولـم تكن الارض صالحة لهذا النوع من الزراعة ، فان العيب يكون مؤثرا لانه يخـل بالانتفاع المقصود من الايجار ٠ وقد يتعهد المؤجر بوجود صفة معينة في المأجـور كصلاحيته لزراعة نوع معين من المحصولاتالزراعية ، دون ان تكون كذلـــــك فعلا ، فان ذلك يعني فوات صفة تعهد المؤجر بوجودها ، وهو ما يأخذ حكـــــم العيب ، واذا لم يذكر المتعاقدان شيئا عن المنافع المقصودة من العين المؤجـــرة ، وجب لتحديد هذه المنافع الرجوع الى طبيعة العين ٠ فأذا كان بالعين عيب يخـل بهذه المنافع وجب على المؤجر الضمان ٠ والعيب الذى يرجع الى طبيعة العين كما تذهب الى ذلك محكمة النقض المصرية ((الافة الطارئه التي تخلوا منها الفطـرة السليمة للشيء)) (١) ٠

وتقرر الفقرة الاولى من المادة (٧٥٦) مدني عراقي عدم ضمان المؤجر للعيـوب التي جرى العرف بالتسامح فيها ٠ فقد يكون العيب مؤثرا ولكن العرف فـــي التعامل جرى على عدم اعتباره عيبا ، مثال ذلك جريان العرف على التسامح فـي رطوبة المنزل اذا لم تكن غير مألوفة وكذلك التسامح بوجود الحشائش في الارض الزراعية اذا لم يكن من العسير ازالتها (٢) ٠

---

(١) شنب ـ ص ١٧٣ ، تناغو ـ ص ٢٠٠ ، السنهورى الوسيط ـ جـ٦ ـصـــ ٣٢٧ ـ ص ٤٣٧ ٠

(٢) لسنهورى الوسيط ـ جـ٦ ـ ص ٤٣٩ ٠

٢- يجب ان يكون العيب خفيـــا .

يكون العيب خفيا اذا كان المستأجر لا يعلم به عند ابرام الايجار ولـم يستطع ان يتبينه بنفسه لو انه فحص الشيء المؤجر بعناية الشخص المعتاد . فاذا كـان المستأجر يعلم بالعيب عند التعاقد . اما لان المؤجر اخطره به او منأى طريق أخر ، وبالتالي فأن المؤجر لا يضمنه . وذلك لانعلم فهـذا العيب يعد ظاهرا لا خفيـا المستأجر به يفيد اما انه راعى وجوده عند تحديده للاجرة ، او انه قبل النـــزول عن حقه في الضمان ما دام لم يشترط على المؤجر ان يقوم بازالته قبل بـــدء الانتفاع .

كذلك اذا كان العيب مما يستطيع المستأ اكتشافه لو انه بـذل في فحص المأجور عناية الشخص المعتاد فان هذا العيب يعتبر ظاهرا ، فلا يضمنه المؤجـــر، وعلى ذلك لاتعتبر رطوبة العقارات التي تقع على شواطيء الانهار او وجـــــود المياه الجوفية فيها عيبا خفيا (١) .

ولكن مـن ناحية أخرى فان المؤجر يضمن العيب ولو لـم يكن خفيا اذا كان قد أكد للمستأجر خلو العين من العيب اذا كان قد تعمد اخفاء العيب غشا . (٢) .

---

(١) شنب ـ ص ١٧٤ ، العامـــرى ـ ص ٢٦٣ ، السنهورى ـ الوسيط ـجا٦ ـ ص ٤٤٠ .
(٢) تناغو ـ ص ٢٠٣ ، العامرى ـ ص ٢٦٣ ، السنهورى ـ الوسيط ـجا٦ ـص ٤٤١ .

اثار ضمان العيب وتخلف الوصف في عقد الايجار

اذا توافرت شروط الضمان المشار اليها يحق للمستاجر المطالبة بفسخ عقد الايجار او انقاص الاجرة ويحق بذلك للمستأجر المطالبة بالتعويض اذا ما لحق به ضرر ، الا ان المطالبة بالتعويض تتوقف على علم المؤجر او عدم علمه بوجود العيب في المأجور . وبتعبير اخر فان المشرع العراقي اخذ بمبدأ حسن النية في هذا المجال (١) ،حيث لا يحكم بالتعويض الا اذا كان المؤجر سيء النية يعلم بوجود العيب ، ويفترض القانون ان المؤجر يعلم بوجود العيب ، وعليه هو اذا ما اراد نفي مسؤوليته ان يثبت انه كان لا يعلم ذلك ،بان يكون العيب قد طرا بعد التسليم ولم يخطره به المستأجر ، او ان يكون العيب موجودا قبل التسليم ولكنه لايعلم به وما كان يستطيع العلم به لو انه فحص المأجور بعناية الرجل المعتاد . ويذهب جانب من الفقه ان التزام المؤجر بضمان العيب هو التزام بنتيجة ، وكان ينبغي ان يكون المؤجر مسؤولا عن التعويض سواء كان يعلم بوجود العيب او لم يعلم به . (٢)

ولا شك بان حق المستاجر في المطالبة بالفسخ يخضع لسلطة القاضي التقديرية الواسعة ، فله ان يجيبه او يرفضه تبعا لجسامة النقص في المنفعة المترتب على وجود العيب او تخلف الوصف المقصود .

وبسبب نص المادة (٧٥٨) من القانون المدني العراقي الذى يختلف عن نص المادة (٥٧٧) مدني مصرى فيما يتعلق بالاشارة الاخير الى جواز مطالبة المستاجر بالتنفيذ العيني ، ثار التساؤل حول أمكانية مطالبة المستأجر في ظل القانون العراقي بالتنفيذ العيني أيضا .

---

(١) وقد نصت على ذلك المادة (٧٥٨) مدني عراقي :(١ ـ اذا وجد بالمأجور عيب يتحقق معه الضمان ، جاز للمستأجر ان يطلب فسخ العقد او انقاص الاجرة ٢ ـ فأذا لحق المستأجر ضرر من العيب التزم المؤجر بتعويضه ما لم يثبت انه كان يجهل وجود العيب .) .

(٢) د. السنهوري ـ الوسيط ـ ج٦ ـ فق ٣٣٣ ـ ص ٤٤٩ ، د. تناغو ـ ص ٣٠٧ .

ويكاد الفقه يتفق (١) على جواز مطالبة المستأجر بالتنفيذ العيني الذى يتمثل بقيام المؤجر بأصلاح العيب بشرط ان لايكلف هذا الاصلاح نفقات باهضة وشرط ان يتم في مدة معقولة حتى لايحرم المستأجر من الانتفاع مدة طويلة ٠ ويترك تحديد المدة المعقولة التي يتم فيها أصلا العيب لتقدير القضاء ٠ ويتفق الالتجاء الى طلب التنفيذ العيني مع ما تقضي به القواعد العامة في تنفيذ الالتزام (٢) ٠

ولكننا نفضل لو ان المشرع العراقي حذا حذو المشرع المصرى في الاشارة الى أمكانية التنفيذ العيني بشكل صريح لكي نبتعد عن الاجتهادات الفقهية في الاخذ او عدم الاخذ بــه (٣) ٠

على ان أحكام الضمان المتقدمة ليست من النظام العام حيث يجوز الاتفاق على تغييرها تشديدا او تخفيفا او اعفاءا ٠ وقد اجازت ذلك فعلا المادة (٧٥٦) مدني عراقي بقولها :ــ

(٠٠٠ كل هذا ما لم يقض الاتفاق بغيره) ٠وكذلك فان المادة (٧٥٩) مدني عراقي تجيز الاتفاق على الاعفاء من الضمان او الحد منه طالما ان المؤجر لم يخف غشا سبب هذا الضمان ٠

---

(١) بالنسبة للقوانين التي لم تشر الى التنفيذ العيني كالقانون العراقي وقانون الموجبات والعقود اللبناني ٠

(٢) حيث تنص المادة (٢٤٦) مدني عراقي على ما يلي ((١ــ يجبر المدين على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا ٠
٢ــ على انه اذا كان في التنفيذ العيني ارهاق للمدين جاز لــه ان يقتصر على دفع تعويض نقدى اذا كان ذلك لايلحق بالدائن ضررا جسيما ٠)) ٠

(٣) وهــو ما عالجه مشروع القانون المدني العراقي الجديد الصادر عــن وزارة العدل العراقية عام ١٩٨٤ في المادة (٧٥٢) التي تقول ((اذا وجد بالمأجور عيب يتحقق معه الضمان ، جاز للمستأجر ان يطلب اصلاح العيب او ان يقــوم بأصلاحه على نفقة المؤجر اذا كان هذا الاصلاح لايرهق المؤجر ، وذلــك دون اخلال بحق المستأجر في طلب انهاء العقد او انقاص الاجرة ، ولــه فضــلا على ذلك ان يطالب بالتعويض ما لــم يثبت المؤجر انه كان يجهل وجــود العيب ٠)) ٠

ومن أمثلة الاتفاق على التخفيف ، ان يشترط المؤجر عدم التزامه بالتعويض، او عدم مسؤوليته عن العيوب التي توجد في ملحقات العين او عدم ضمانه للعيوب التي تطرا على العين المؤجرة اثناء مدة الأيجار (١) ٠

ومن امثلة الاتفاق على التشديد انينص العقد على مسؤولية المؤجر عن العيب ولو لم يكن مؤثرا او خفيا او مع علم المستأجر به ٠

أما فيما يتعلق بالاعفاء من الضمان مطلقا فمثاله عدم التزام المؤجر بالتنفيذ العيني او انقاص الاجرة .و الفسخ او التعويض (٢) ٠

ان دعوى رجوع المستأجر على المؤجر بضمان العيوب وتخلف لوصف لاتسقط بمضي ستة أشهر من وقت التسليم كما هو الحال في دعوى رجوع المشترى على البائع ، لان المشرع العراقي لم يورد في باب الايجار نصا مماثلا للمادة (٥٧٠) الواردة في باب البيع ،فلا يصح القياس على هذه المادة او التوسع في تفسيرها لان حكمها استثنائي ولا يتفق مع طبيعة الايجار الذى يفرض على المؤجر التزاما مستمرا بتمكين المستأجر من الانتفاع بالمأجور وبصيانته ٠ ولهذا فان دعوة ضمان العيب وتخلف الوصف لاتسقط الا بمضي خمس عشرة سنة تطبيقا للقواعد العامة ٠ (٣) ٠

---

(١) السنهورى ـ نفس المصدر ـ فق ٣٣٤ ـ ص ٤٥٣ ٠
(٢) تناغو ـ ص ٢٠٨
(٣) د٠ العامرى ـ ص ٢٦٦ ـ ٢٦٧ ٠

المبحث الخامس

اخبار دائرة ضريبة العقار وايداع نسخة من عقد الايجار لديها

يعتبر اخبار دائرة ضريبة العقار بخلو العقار وايداع نسخة من عقد الايجار لدى هذه الدائرة من التزامات المؤجر الهامة التي نص عليها قانون ايجار العقار وهو ما سندرسه في المطلبين التاليين :ـ

المطلب الاول

اخبار دائرة ضريبة العقار

تنفيذا لسياسة المشرع في الاهتمام بالوظيفة الاجتماعية والاقتصادية للملكية وضع قانون ايجار العقار نص المادة (٢٠) التي تقول :ـ ((يلتزم مالك العقار المعد للايجار لغرض السكنى باخبار دائرة ضريبة العقار بخلوه خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الخلو ولايجوز ان يبقى خاليا بدون عذر مشروع مدة تزيد على تسعين يوما من تاريخ اكمال بنائه او خلوه فاذا امتنع مالكه عن ايجاره خلال المدة المذكورة تولت السلطة المالية ايجاره وفقا لاحكام هذا القانون)) ·(١)

ويشترط لقيام هذه الحالة الخاصة التي تنطوي على اجبار في التاجير ان يكون الشيء المطلوب استئجاره معد للايجار لغرض السكنى وعليه لا يتحقق

(١) وقد عالجت المادة (٢١٨) من قانون ايجار الاماكن المصري رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ هذا الموضوع بقولها :ـ ((لا يجوز ابقاء المساكن المعدة للاستغلال خالية مدة تزيد على اربعة اشهر اذا تقدم لاستئجارها مستاجر بالاجرة القانونية)) ·
ومن الملاحظ على هذه المادة انها تشترط ان يتقدم لشغل المكان مستاجر يطلب السكن في هذا المسكن فيرفض المؤجر التاجير له ، وهذا يعني ان لا محل لمؤاخذة مستغل المكان اذا بقي المسكن خاليا مدة تزيد على اربعة اشهر دون ان يتقدم احد لاستئجاره ·
د· رمضان ابو السعود ـ المصدر السابق ـ ص ١٩٢ ·

هـذا القيد اذا كـان المكان معدا لان يكون متجرا او معرضـا او مخزنـا او اى مكان اخـر لا يصدق عليه المكان المعد للسكنى . ويفهم من ذلك انه يجوز للمالـك ان يترك المبنى او المكان الذى لا يعد مسكنا خاليا مـدة تزيـد على تسعين يومـا دون ان يسال عن ذلك . ولا شك بان ما دفـع المشرع الى سلوك هـذا الاتجاه رغبته فـي الاسهام في حـل ازمة السكن . كذلك لابد ان يكون هـذا المسكن معدا للايجار للغير وعلى ذلـك لايسرى هذا القيد على المسكن الذى يحتجـزه المالك لانتفاعه الشخصي او لانتفاع احـد أولاده او أقاربه الذيـن يعولهـم، كما لو احتجز المالك مسكنا لزواجه او لزواج لحـد أولاده او لفتحه مكتـب او عيادة لـه او لاحـد هؤلاء . ولا يشترط ان تبلغ حاجة المالـك واؤلاده للسكـن المحتجز حـد الضرورة ، كما لا يشترط ان يكون الولد علـى اهبـة الزواج او علـى وشك التخرج ، لان العثور على مسكن مناسب قـد لايكون سهـلا اذ قـد يستغرق مـدة طويلـة . (١)

هذا وقـد حددت المادة (٢٠) السالفة مـدة زمنية تزيد علـى التسعين يومـا لا يجوز بقاء العقار فيها خاليا ، اعتقادا من المشرع بانها المـدة الكافية التـي تمنح للمالك والتي لا يجوز بقاء العقار بعدها خاليا لمـا ينطـوى عليـه ذلك من ضرر بالصالح العام الـذى يتجلى في ضرورة أسهام هـذه العقارات في حـل أزمة السكن بدلا مـن بقائها خالية دون شاغـل كذلك فان مثـل هـذا التصرف قـديجلب الشك بأن المالك انما يريـد مستاجرا معينا يرضى ببعض مطالبـه غير المشروعة او المخالفة للقانون ، الامر الذى يتطلب تفويت هذه الفرصة عليه .

الا ان خلو العقار هنا لا ياخذ على اطلاقه بل لا بد ان يكون بدون عـذر مشروع ولـم يبين لنا المشرع معنى العذر المشروع ممـا يلقـي علـى القضاء مهمة دراسة كل قضية علـى حدة لمعرفة وجود هـذا الشرط او عدم وجوده ،وهو ولا شك يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في هـذا المجـال .

واذا ما اخذنا بمفهوم المخالفة فان ذلك يعني جواز بقـاء العقـار خاليـا مـدة تزيد على تسعين يوما متى وجد لـدى المالك عذر مشروع ، كما لـو

---

(١) د. رمضان ابو السعود ـ ص ١٩٢ .

اراد هدمه وبدا فعلا بأجراء المعاملات الاصولية ، كالحصول على اجازة البناء وتنظيم خارطته او كان بانتظار ولده وعروسه القادمين من شهر العسل او المقيمين في الخارج من أجل السكن فيه .

ومن الملاحظ على النص ايضا بانه الزم المالك باخبار دائرة ضريبة العقار بخلوه اعتبارا من يوم الاخلاء ولغاية خمسة عشر يوما التالية ، ومنع بقاء العقار خاليا للمدة المحددة فيه من يوم اكمال البناء ان كان جديدا او من يوم خلوه ان كان مشغولا سابقا من قبل مستاجر او من قبل المالك الذى انتقل الى مسكن اخر .

ان مرور المدة القانونية المشار اليها في المادة (٢٠) من قانون ايجار العقار دون ان يقوم المالك بتأجير عقاره المعد للسكن يخول السلطة المالية ممثلة بدائرة ضريبة العقار القيام بتاجيره وفقا لاحكام القانون والتعليمات الصادرة بهذا الشأن (١) ، بعد تبلغ صاحب العقار او من ينوب عنه قانونا بتسليم مفاتيح العقار خلال مدة سبعة أيام ، وعند امتناعه تقوم اللجنة المشكلة لهذا الغرض بدخول العقار وتسليمه الى دائرة ضريبة العقار المختصة بعد تنظيم محضر يبين اوصاف العقار ونوعه وموجوداته ونواقصه لغرض تاجيره . وتتكون هذه اللجنة في مراكز المحافظات من مدير ضريبة العقار وضابط امن المنطقة وضابط الشرطة فيها ومختار المحلة . اما في الاقضية والنواحي فتتالف اللجنة من نفس الاشخاص المشار اليهم في مراكز المحافظات فيما عدا مدير ضريبة العقار الذى يكون بدله مدير المال في القضاء ومامور المال في الناحية .

وبعد ان تستلم دائرة ضريبة العقار من اللجنة التي دخلت العقار ، تصدر اعلانا بتأجيره وعند وجود اكثر من راغب للتاجير وتساوى عروضهم تعطى الافضلية حسب الضوابط التالية :-

---

(١) تعليمات قانون ايجار العقار رقم (٦) لسنة ١٩٧٩ .

١ ـ لمن استملكت داره او قطعة ارض يملكها .

٢ ـ ذوى الدخل الاقل نسبيا .

٣ ـ من يعيل اسرة أكثر عددا . (١)

والسؤال الذى يطرح هنا هو : هل يلزم توجيه انذار الى المالك قبل قيام السلطة المالية باجراءاتها الخاصة بتاجير العقار ، خصوصا وان هذه الاجراءات كما لاحظنا تنطوى على شيء من القسوة على المؤجر ؟؟

يذهب القضاء العراقي في بعض قراراته الى عدم ضرورة توجيه هذا الانذار ، لذلك فان مضي المدة المحددة قانونا يعد كافيا لقيام السلطة المالية بتاجير العقار عند امتناع المالك عن تاجيره بغير حق او مسوغ قانوني (٢) ولكننا نفضل توجيه انذار للمؤجر لتنبيهه الى امر قد يكون فات عليه ولم يحسب حسابا لنتائجه واثاره ، وليمثل ذلك فرصة اخيرة له قبل الاقدام على هذه الاجراءات الشديدة التي تنتهي بتاجير العقار جبرا على مالكه، وهو ما لا نحبذه بل نفضل قيام علاقات ايجارية وانسانية في ان واحد بين المؤجر والمستاجر . ولا يخفى ما لهذه العلاقات الرضائية والانسانية بين المؤجر والمستاجر من نتائج يقف في طليعتها اطمئنان المالك على ملكه وتحفيز المستاجر للمحافظة عليه .

---

(١) المادة (١١/ فق ج) من تعليمات وزارة المالية رقم (٦) لسنة ١٩٧٩ . ومن الجدير بالذكر ان احكام الفقرات (أ،ب،ج) من المادة (١١) من التعليمات تسري على العقارات المشيدة حديثا من تاريخ اكمال بنائها . ويعتبر بناء العقار كاملا من اليوم الذى يتم فيه ايصال القوة الكهربائية الى العقار .

(٢) راجع قرار محكمة تمييز العراق رقم ٦٢ / هيئة عامة اولى / ٩٧٧ في ١٩٧٧/٥/٢١ . مجلة القضاء ـ العدد ٤،٣ ـ السنة ٣٢ـ ١٩٧٧ ـ ص ٢٠٥ .

المطلب الثاني

أيداع نسخة من عقد الايجار لدى دائرة ضريبة العقار

من واجبات المؤجر الاخرى التي نص عليها قانون ايجار العقار في الفقرة الرابعة من المادة السابعة ضرورة أيداع المؤجر نسخة من عقد الايجار لدى دائرة ضريبة العقار التي يقع المأجور في منطقتها خلال مدة لاتتجاوز ثلاثين يوما من تاريخ أبرامه .

وعندما يقوم المؤجر بايداع نسخة من العقد لدى دائرة ضريبة العقار فان هذه الدائرة ستطلب منه تقديم طلب يرفق بالعقد لتقدير القيمة العمومية للمأجور . وكذلك فان الاشارة الى أيداع نسخة واحدة من العقد لا يمنع من أيداع اكثر من نسخة واحدة كان يودع المؤجر ثلاث نسخ او اكثر ويمكن تأييدها جميعا . وفي حالة أيداع نسخة واحدة وتأييدها في دائرة ضريبة العقار يمكن تنظيم صور اخرى طبق الاصل او اللجوء الى الاستنساخ ، وفي هذه الحالة لا بد من تأييدها من الدائرة من خلال ختمها وتوقيع الموظف المختص عليها بعد مطابقتها مع النسخة الاصلية .

ويجب على مدير الضريبة ان يتأكد من كون الايداع للعقد قد تم خلال المدة المحددة قانونا والتي يجب ان لاتتجاوز ثلاثين يوما من تاريخ أبرامه ، وعند ذلك عليه أن يحيل الطلب وبرفقته عقد الايجار الى شعبة الضريبة الاساسية لتدوين المعلومات الكاملة عن العقار مع تدوين رقم وتاريخ الطلب وكذلك عنوان المؤجر الكامل (١) .

وفي حالة عدم قيام المؤجر بهذا الواجب يعاقب بالحبس مدة لاتقل عن ثلاثة اشهر ولا تزيد على الف دينار او بأحدى هاتين العقوبتين . (٢)

---

(١) المحامي حسن عداي الدجيلي ـ المصدر السابق ـ ص ٤٦ .
(٢) م ٢٣/ فق ٢ من قانون ايجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ .

الفصل الثاني

التزامات المستاجر

عالجت المواد (٧٦٠ - ٧٧٤) من القانون المدني العراقي التزامات المستاجر الرئيسية التي تتفق مع طبيعة عقد الايجار الذى ينص على الانتفاع بالماجور ،مما يتطلب استعماله وفقا للاتفاق او وفقا لما اعد له ، وهو ما يمثل الالتزام الاول، ثم الوفاء بالاجرة التي تقابل الانتفاع بالماجور ، ولا بد ان يكون هذا الوفاء وفقا لما حدده الطرفان اذا كان العقار خاضعا لاحكام القانون المدني او وفقا لاحكام قانون ايجار العقار حينما يخضع العقار لاحكامه ،وهو مايعتبر من النظام العام الذى لايجوز الاتفاق على خلافه ،وبشكل الوفاء بالاجرة الالتزام الثاني للمستاجر ويعتبر رد الماجور بعد انتهاء مدة الايجار في ظل احكام القانون المدني وقانون ايجار العقار الالتزام الثالث ، ويأتي هذا الالتزام منسجما مع طبيعة عقد الايجار المؤقتة التي تتجلى في ضرورة انتهائه حتما في يوم من الايام .

ويضيف قانون ايجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ بعض الالتزامات الاخرى التي لابد من الاشارة اليها ، كالالتزام بضرورة استعمال الماجور بشكل لا يلحق ضررا بالماجور ولا يسيء الى سمعة المؤجر ، وان لا يؤجر العقار من الباطن كلا او جزءا او يتنازل عنه وان لايسكن فيه غير من ذكروا في العقد الا بموافقة المؤجر التحريرية ، او وجود نص قانوني او حكم قضائي .

ويترتب على مخالفة المستاجر لالتزاماته هذه الكثير من النتائج القانونية، كفرض العقوبات الجزائية التي نص عليها قانون ايجار العقار او الحكم عليه بالتخلية في حالات اخرى وهذا ما سنتولى دراسته عند دراسة اسباب التخلية في قانون ايجار العقار في المبحث الرابع من كتاب عقد الايجار . وعلى هذا الاساس ستقتصر دراستنا على التزامات المستاجر الثلاث الرئيسية المذكورة انفا مع تجنب تكرار شرح الاحكام كلما امكن ذلك.

المبحث الاول

الالتزام بوفـــــاء الاجـــــــرة

درسنا فيما سبق الاجرة كركن في عقد الايجار ، وعرفنا طبيعتها وكيفية تحديدها في القانون المدني وقانون أيجار العقار · وستقتصر دراستنا في هذا المجال علـى بيان كيفية الوفاء بالاجرة في ظل القانون المدنـي فقط نظرا لتقدم دراسة أسلوب الوفاء بالاجرة في قانون أيجار العقار · كما سنعالج الجزء الذى يترتب علـــى عدم الوفاء بالاجرة في القانون المدني فقط على أمل دراسة هذا الموضوع فـــي قانون أيجار العقار كسبب من اسباب التخلية الذى اشارت اليه الفقرة أ مـــن المادة (١٧) من هذا القانون · كل ذلك سيتضمنه المطلب الاول من هـذا المبحث، أما المطلب الثاني فسنخصصه لدراسة امتياز المؤجر على المنقولات الموجودة فـي المأجور ضمانا للمؤجر في استيفاء بدل الايجار ·

المطلـب الاول

كيفية الوفاء بالاجرة وجـزاء الاخلال بهذا الالتـــزام

ان من اهم التزامات المستأجر دفع الاجرة المتفق عليها اذا كان المأجور يخضـع لاحكام القانون المدني او دفع الاجرة وفقاً للنسب المحددة قانونا اذا كـــان العقار يخضع لاحكام قانون ايجار العقار وهو ما سبق ان شرحناه تفصيلا ·

ووفقا للقانون المدني العراقي (م ٧٦٥) يصح ان ينص العقد علـى تعجيـــل الاجرة او تأجيلهـا او تقسيطهـا الى أقساط متفق عليهـا تـــؤدى فـــي أوقات معينة · واذا اشترط تعجيل الاجرة لـزم المستأجر دفعها وقـت العقد ، وللمؤجر ان يحبس المأجور حتى يستوفي تلك الاجرة · واذا اشترط تاجيل الاجرة او تقسيطها ، لم تلزم الاجرة او الاقساط المتفق عليها الا عند حـلول الاجـــل المتفق عليه (م ٧٦٦ مدني عراقي) · أمـــا اذا لـــم يتفق علـى مواعيد دفـــع الاجرة وجب دفعها مؤخراً لان الاجرة لاتـــستحق الا اذا استوفـى المستأجـــر

المنفعة او تمكن مـن استيفائها (م ٧٦٨ مدني عراقي) ، ولكن العـرف فـي العراق جرى علـى دفع القسط الاول مـن الايجار مقدمـا سـواء كـان هـذا القسط لشهر واحـد او لعدة اشهر علـى ان تدفع الاقساط الاخـرى لاحقـا وفي المواعيد المتفق عليهـا . (١)

ويكفـي لاستحقاق الاجـرة ان يوضع المأجـور تحت تصرف المستاجـر للانتفاع به حتى ولو لم ينتفع بـه فعـلا . فاذا اجرت سيارة لمـدة معينـة ووضعت تحت تصرف المستاجـر ليستعملها في تنقلاتـه ، وجبت عليه الاجـرة المتفق عليهـا حتى ولـو لـم يستعمل السيارة ابـدا او لـم يستعملها الا لبعض الوقت ، ذلـك لان التسليم شرط فـي لزوم الاجرة (م ٧٧٠ مدني عراقي) فـاذا انقضت مـدة الايجار قبل التسليم فلا يلزم المستأجر بشيء مـن الاجـرة ،لان الاجـرة تقابل المنفعة ، فـلا تستحق الا اذا استوفى المستاجر تلـك المنفعـة وفقا للاتفاق او وفقا لمـا اعـد لـه المأجور (٢) .

والمدين بالاجرة في الاصل هو المستاجر ، فأذا ما توفـي التـزم ورثتـه بهـا في حدود ما لديـه من تركة ،لان الايجار لا ينقضي بوفـاة المستاجر الا في حـالات معينة سنأتي على ذكرها .والورثة يلتزمون بدفع الاجرة بموجب عقـد الايجار، حيث لا تضامن بينهم وتقسم الاجرة بينهم كل بقدر نصيبه في الميراث .ولكن الاجرة المتأخرة التي حلت قبل موت المستأجر تلتزم بهـا التركـة نفسهـا ولا تنقسم على الورثة . واذا تعدد المستأجرون لعين واحدة ، فالتزامهم بدفـع الاجرة لايكون بطريق التضامن ، الا اذا نص عقد الايجار ، او فهـم ذلك دلالـة من الظروف التي تحيط بالتعاقد والالتزام بطريق التضامن لايشترط فيه لفظ

---

(١) ولقد سبق وان اشرنا بأن المادة العاشرة من قانون أيجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ قد نظمت هذا الامر بالسنة للعقارات الخاضعة لاحكامـه بالقول :ـ (تدفع سلفا اجرة العقارات المشمولة باحكام هـذا القانون باقساط شهرية بصرف النظر عـن مـدة سريان عقد الايجار ويقع باطلا كل اتفـاق يقضي بخلاف ذلك) .

(٢) انظر المادة (٨٦٨) مدني عراقي ، د. العامري ـ ص ٢٦٨ ـ ٢٦٩ ، د. الصراف ـ ص ٣٨٩ ،د. سليمان مرقس ـ عقد الايجـار ـ ط٣ ـ ١٩٦٨ ـ ص ٣٥١ .

خاص ، بل يكفي كل ما يؤدى الى هذا المعنى ·كما اذا اشترط المؤجر لنفسه حق الرجوع على اى من المستاجرين والحجز على محصوله او امواله الاخرى لاستيفاء الاجرة · واذا كان المستاجرين افراداسرة واحدة ولا يوجد عقد ايجار مكتوب ، فهناك قرينة على ان المستاجر هو الزوج ، وهو المسؤول عن دفع الاجرة · ويجوز لغير المستاجر دفع الاجرة عن المستأجر ، كما يدفع الغير الدين عن المدين ، مثال ذلك ان تدفع الزوجة عن زوجها اجرة المنزل الذى تسكنه معه · ويكون الدفع صحيحا ينقضي به التزام المستأجر ، ولمن دفع الاجرة الرجوع بها على المستاجر طبقا للقواعد العامة · (١)

أما الدائن بالاجرة ويحق له قبضها فهو المؤجر ، او ورثته ان كان قد توفي لان الايجار لا ينتهي بوفاته · والورثة ليسوا دائنين بالتضامن ، كما هو الحال بالنسبة لورثة المستأجر الذين لم يكونوا كذلك مدينين بالتضامن ·

ومما تجدر الاشارة اليه ان للموجر ان يتنزل عن الاجرة لغيره كما يتنزل عن اى حق آخر له ، وتراعي في ذلك قواعد حوالة الحق (٢) ·

وفيما يتعلق بمكان دفع الاجرة اعتمد المشرع العراقي على القواعد العامة (م ٣٩٦ مدني عراقي) التي تشير الى ان الوفاء يكون في موطن المدين او في المكان الذى يوجد فيه محل اعماله ، اذا كان الالتزام متعلقا بهذه الاعمال ما لم يتفق على غير ذلك ·(٣) ،ونفس الشيء يقال بالنسبة لنفقات دفع الأجرة كمصروفات ارسالها بحوالة بريدية او مصرفيةاو ارسالها بواسطة رسول ،حيث يتحملها المستاجر ما لم يتفق على غير ذلك ،لان المستأجر هو المدين بالاجرة ،

---

(١) د· السنهوری ــ الوسيط ــ جـ٦ ــ فق ٣٤١ ، ص ٤٦٤ ــ ٤٦٥ ·

(٢) د· السنهوری ــ الوسيط ــ جـ٦ ــ فق ٣٤٢ ــ ص ٤٦٥ ·

(٣) وقد سلك مشروع القانون المدني لنا نصا بهذا الخصوص معتمدا في ذلك على القواعد العامة ، علما بان المشرع المصرى كان قد وضع لنا نصا خاصا يكون الوفاء بالاجرة طبقا له في موطن المستأجر ما لم يكن هناك اتفاق اوعرف يقضي بغير ذلك ــ(م ٥٨٦/فق ٢ مدني مصرى) · ونرى بأن هذه المادة قد تكو نزائدة نظرا لكفاية القواعد العامة اولا ، ولان الاتفاق او العرف السائد هما الغالبان في تنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر في هذا المجال ثانيا ·

والقاعدة العامة ان نفقات الوفاء على المدين ، الا اذا وجد اتفاق او عرف او نص يقضي بغير ذلك ، وهو ما اشارت ليه المادة (٣٩٨) من القانون المدني العراقي ٠

والسؤال هنا ، ماذا لو اخل المستأجر بالتزامه هذا ،ولم يدفع الاجرة المقررة قانونا او اتفاقـا ؟

في حالة عدم الوفاء بالاجرة المقررة قانونا في المادة الرابعة من قانـون ايجـار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ ، سيتعرض المستاجر لسبب من اسباب التخليـة عالجته الفقرة الاولى من المادة (١٧) من قانون ايجـار العقار ووضعت لـه مـددا وأجراءات معينة يستطيع المؤجر عند استنفاذها طلب تخلية المأجور ، وهـذا ما سنعرض لـه بشكل مفصل عند دراستنا لاسباب التخلية في قانون ايجـار العقار ٠

أما الاخلال بتنفيذ هذا الالتزام في ظل احكام القانون المدني فيعطي للمؤجـر باعتباره دائنا حق المطالبة بالتنفيذ العيني لاستيفاء دين الاجرة ، فـاذا اعـذر المستأجر ورفع دعوى بالدين فان القاضي يحكم له بما استحقه فعلا ، ويجـوز تنفيذ هذا الحكم على أي مال من أموال المدين ٠ ولكن المؤجر هنا يفضل التنفيذ على تلك المنقولات الموجودة في العين لان لـه حـق امتياز عليها ، ولكـن للمؤجر ان يطلب فسخ الايجار بدلا من التنفيذ العيني ، ويتمتع القاضي هنـا بسلطة تقديرية واسعة في الاستجابة او عدم الاستجابة لطلب المؤجـر ملاحظا في ذلك موقف المستأجر ومدى وحجم اخلاله بتنفيذ التزامه وامكانية منحه فرصة للوفاء بهذا الالتزام ٠ واذا طلب المؤجر دفـع الاجرة فيجوز له أن يعدل عنـه الى طلب الفسخ ما دام الحكم لم يصدر بعد ٠ ولكن اذا صدر الحكم بدفع الاجرة فلايجوز طلب الفسخ عند الامتناع عن دفع الاجرة التي حكم بها ،ولكن يجـوز مستقبلا طلب الفسخ عند الامتناع عـن دفع الاجرة لـمدة أخرى ٠ ويجوز مـع طلب الفسخ طلب التنفيذ العيني للاجرة التي استحقت لانها حـق ثابت للمؤجر٠ ويجب للحكم بالفسـخ اعذار المستاجر بالدفع ٠

وبجانب طلب التنفيذ العيني او الفسخ يجوز للمؤجر المطالبة بالتعويض عـن الاضرار التي أصابته ،كمصروفات رفع الدعوى وفوائد التاخير وفقاً للقواعـد

العامة ،وكذلك ما أصابه من ضرر لفسخ العقد قبل انتهاء مدته ، كأن تبقى العين دون أيجار وبغير تقصير من المؤجر . ويجب للحكم بالتعويض ان يقوم المؤجر بأعذار المستاجر (م ٧٨٢ مدني عراقي) ، واذا تضمن العقد النص على تعويض اتفاقي فيجب ان لايزيد هذا التعويض عن مقدار الضرر حتى لايكون مصدر اثراء للمؤجر . (١)

المطلب الثاني

الضمانات المقدمة للمؤجر

اكدت بعض القوانين ضرورة توفير الضمانات الكافية للمؤجر وصولا الى حقه في استيفاء الاجرة ، ومن ذلك مثلا القانونين المصرى والفرنسي اللذين فرضا على مستأجر العقار وضع منقولات كافية في المأجور ضمانا لوفاء بدل الايجار ،كما قررا للمؤجر حق أمتياز على المنقولات الموجودة في العين وحقه في حبس هذه المنقولات واستردادها اذا ما نقلت بغير علمه ورغم معارضته (٢) .

والمنقولات التي يضعها المستأجر في العين المؤجرة تختلف بأختلاف العين وبأختلاف استعمالاتها . فاذا كانت منزلا كانت المنقولات في العادة مفروشات وادوات واثاث منزلية اخرى ،واذا كانت العين حانوتاً او مخزنا كانت المنقولات بضائع ، واذا كانت المنقولات قليلة لاتتعدى اثاث هذا المكتب الضرورية لتسيير عمله ، وأن كانت مصنعا كانت المنقولات الات ومصنوعات وان كانت ارضا زراعية كانت المنقولات المواشي والالات الزراعية وكذلك المحصولات التي تنتج ا الارض وهكذا بقية العقارات . ويشترط ان تكون هذه المنقولات ملكا للمستاجر ، وهي تعتبر كذلك ما لم يثبت العكس .(٣)

---

(١) راجع في ذلك :ـ د. تناغو ـ فق ١٤٢ ،د. السنهورى ، نفس المصدر فق ٢٤٩ ، ٢٥٠ ، ٢٤١ ، د. شنب فق ١٧٠ .

(٢) د. توفيق حسن فرج ـ ص ٨٠١ .

(٣) د. السنهورى ـ ص ٤٩٢ ـ ٤٩٣ ، د. تناغو ـ ص ٢٢١ .

وإذا ما وقع خلاف على كفاية ما وضع في العين المؤجرة من منقولات لضمان الاجرة فأن للمحكمة السلطة التقديرية اللازمة في اللجوء الى كافة الوسائل كالاستعانة بالخبراء لمعرفة مدى كفاية هذه المنقولات لضمان دين الاجرة او عدم كفايتها .

ويعتقد البعض (١) ان ذلك يأتي من باب الاسراف والمبالغة التي قررها المشرع لحماية المؤجرين وهم عادة من طبقة الملاك الكبار . ولكننا لانؤيد هذا الاتجاه لسبب بسيط ، هو أن الحاجة الى مثل هذا الضمان لايبرز الا عند اخلال المستأجر بالتزامه في الوفاء بالاجرة وهو ما اعتبره المشرع من اهم التزامات المؤجر .

اما بالنسبة للمشرع العراقي فلم يلزم المستأجر بوضع منقولات تكون قيمتها كافية لضمان الوفاء بالاجر ، وانما جعل المنقولات الموجودة فعلا في المأجور مثقلة بحق امتياز للمؤجر . وقد نظمت لنا ذلك المادة (١٣٧٤) من القانون المدني العراقي بقولها :-

(١) أجرة المباني والاراضي الزراعية لثلاث سنوات ، او لمدة الايجار ان قلت عن ذلك ، وكل حق آخر للمؤجر بمقتضى عقد الايجار ، لها جميعها حق امتياز على ما يكون موجوداً في العين المؤجرة مملوكا للمستاجر من منقول قابل للحجز ومن محصول زراعي .

(٢) ويقع حق الامتياز على المنقولات والمحصولات المملوكة للمستاجر من المستأجر الاصلي ، اذا كان المؤجر قد اشترط صراحة على المستاجر عدم الايجار ، فاذا لم يشترط ذلك فلا يثبت حق الامتياز الا على المبالغ التي تكون مستحقة للمستأجر الاصلي في ذمة المستأجر منه في الوقت الذي ينذره فيه المؤجر بعدم دفع هذه المبالغ للمستأجر الاصلي .

(٣) واذا نقلت الاموال المثقلة بحق الامتياز من العين المؤجرة على الرغم من معارضة المؤجر او على غير علم منه ، ولم يبق في العين اموال كافية لضمان

---

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقي - عقد الايجار - ١٩٥٢ - فق ٢٣٣، ص ٣٧٤.
د. الصراف - ص٣٩٣ .

المبالغ الممتازة ، بقـي حـق الامتياز قائما على الاموال التي نقلت دون ان يضر ذلك بالحق الذى يكسبه الغير حسن النية على هذه الاموال ٠

٤ ـ وتستوفى هذه المبالغ الممتازة من ثمن الاموال المثقلة بحق الامتياز بعـد الديون الواردة في المواد السابقة ، الا ما كان من هـذه الديون غير نافذة في حق المؤجر باعتباره حائزا حسن النية :

ويتضح مـن هـذه المادة ان القانون العراقي جعل للمؤجر حـق امتياز علـى ما يكون موجودا في العين المؤجرة من منقولات مملوكة للمستاجر قابلة للحجـز ومـن محصول زراعي ٠ ويستطيع المؤجر بمقتضى هذا الامتياز استيفاء حقوقـه المتولدة من عقد الايجار مقدما على الدائنين العاديين والدائنين الممتازين الـذين يلكون مرتبته علما بأن هذا الامتياز يحتل المرتبة السادسة بين حقوق الامتيـاز الاخرى ٠ (١)

ان هذا الامتياز لا يثبت لكل مؤجر بل يقتصر على مؤجر العقار دون مؤجـر المنقول، كما ان هذا الامتياز يتحدد بمبلغ الاجرة المستحقـة عـن ثـلاث سنوات اذا كان المستاجر مدينا للمؤجر بأجرة تزيد علـى هـذه المدة ٠ أمـا اذا قلت مدة الايجار عن هـذا القدر فان حق المؤجر يثبت على كـل الاجرة ٠ (١) ثـم ان الامتياز لا يضمن دين الاجرة محددة على الوجه السابق فقط ، وانما يضمن ايضا كل حق يتولد للمؤجر قبل المستأجر بمقتضى عقد الايجار كالتعويض الـذى يستحقه المؤجر بسبب اساءة المستأجر استعمال العين المؤجـرة ، او بسبـب

---

(١) على أن بعض القوانين ـ كالقانون اللبناني ـ بالاضافة الى انه لـم يفرض على المؤجر وضع منقولات تكون قيمتها كافية لضمان الوفاء بالاجرة فانـه قصر الضمان الذى يخول للمؤجر على ما يوجـد فعلا في العين مـن منقولات وجعل له حق حبسها ،ولم يقرر له حـق أمتياز عليها ٠راجع المواد (٥٧١،٥٧٤) من قانون الموجبات والعقود اللبناني ـد٠ توفيق حسن فرج ـ ص ٨٠١ـ٨٠٢٠
(١) ومن الملاحظ بان المادة ٥٨٨ مدني مصرى الزمت المستأجر بوضع منقـولات تكون قيمتها كافية لضمان الاجرة عن سنتين ،او عـن كـل مدة الايجـار اذا قلت عـن سنتين ٠

احداثـه تغييرا فيها بدون اذن المؤجـر (١) .

ومن الملاحظ ايضا ان المشرع العراقي لـم ينص صراحة على السماح للمؤجـر ضمانا لكل حق يثبت له بمقتضى عقد الايجار ، ان يحبس المنقولات القابلـة للحجز الموجودة في العين المؤجرة ما دامت مثقلة بامتياز المؤجر ولو لـم تكـن مملوكة للمستأجر ، كما فعل المشرع المصرى ، ولكن المادة (١٣٧٤) السالفـة تضمنت معنى مقاربا هو بقاء حـق الامتياز قائما على الاموال التي نقلت مـن العين المؤجرة علـى الرغم من معارضة المؤجر او علـى غير علم منـه بشـرط ان لا يبقـى فـي المأجور اموال كافية لضمان دين الاجرة ·وهـذا يعنـي ان الاموال الباقية اذا كانت كافية فان المؤجر لا يستطيع ان يعترض علـى خروج الاموال الاخرى كما لايبقى لـه حق امتياز عليها · ويرجع هذا الامر في تقديره الى سلطة القاضي التقديرية · كل هذا مشروط بـأن تكون تلك الاموال ملكـا المستأجر في العقد او معرفة المؤجر لهذه المهنة او الحرية يقيم قرينة بسيطـة النسـية (٢) .

ومن الجدير بالملاحظة هنا ان الفقرة الثانية من المادة (١٣٧٤) عالجـت موضوع الامتياز في حالة الايجار من الباطن ، ومعلوم ان الاصل في القانون العراقي هـو جواز الايجار من الباطن والاستثناء هو عدم جواز ذلك في حالة وجود ما نسميـه بالشرط المانع (المادة ٧٧٥ مدني عراقي) (٣) .

---

(١) وفي هذا يختلف القانون العراقي والمصرى عن القانون اللبناني حيـث يتقرر بمقتضاه هـذا الحق لضمان مبالغ الاجرة فقط ،ولا يضمن هـذا الحق ما قـد يستحق للمؤجر من مبالغ اخرى من قبل المستأجر كمبلغ تعويض عـن أضرار وقعت منه مثلا · ومعنى ذلك انه لايجوز استعمال الحق في الحبس على الاثاث وسائر المنقولات الموجودة في المأجور ضمانا لحق المؤجر في التعويـض قبل المستأجـر ·
د· توفيق حسن فرج ـ ص ٨٢
(٢) د· العامرى ـ ص ٢٧٦ ـ ٢٧٧ ·
(٣) وهذا بعكس ما جاءت به المادة (١١) من قانون ايجار العقار الحالي التـي حظرت الايجار من الباطن او التنازل عنه كلا او جزءا ويقع باطلا كـل اتفـاق يقضي بخلاف ذلك وهو ما سنتولى دراسته لاحقا ·

ولذلك فرقت المادة (١٣٧٤/فق ٢) بين حالتيـــــن :-

اولهما · اشتراط المؤجر صراحة على المستاجر عدم الايجار مـــــن الباطن، اي وجود شرط مانع يحول دون جـواز اجراء هذا لتصرف من قبل المستاجر · وفي هذه الحالة يبقى حـق الامتياز قائمـا علـى المنقولات والمحصـــولات المملوكة للمستاجر من الباطـــن ·

وثانيهما : عدم وجود هذا الشرط المانع او هذا الاتفاق ، اى جواز قيــــام المستاجر الاصلي بالتاجير من الباطن مستنداً الى الاصل العام فـي القانـــون المدني · وهنا لايثبت حق الامتياز الا علـى المبالغ التـي تكون مستحقــــة للمستاجر الاصلي في ذمة المستاجر منه (المستاجر من الباطن) في الوقت الـــذى ينذره فيه المؤجر بعدم دفع هـذه المبالغ للمستاجر الاصلي · ويبدو لنا جليـــا بان المشرع اراد حماية مصلحة المؤجر على الرغم من عدم وجود علاقة مباشـرة بينه وبين المستاجر من الباطن ، ولكنه الزم المؤجر في ذات لوقت بضرورة تنبيه المستاجر من الباطن بوجود دين أجرة لـه بذمة المستاجر الاصلي وبعكس هذا، اي في حالة توجيه مثل هذا الانـذار ، يصبح المستاجر من الباطن في حـل مـن هـــذا الالتزام القانـــوني ·

ولـم يعالج القانون المدني العراقي أمتياز المؤجر على المنقولات المملوكة للغيـــر كزوجة المستاجر مثلا ، بينما عالجت هذا الموضوع الهام المادة - (١١٤٣) مـــــن القانون المدني المصرى بقولها :-

((ويثبت الامتياز ولو كانت المنقولات مملوكة لزوجة المستاجر ، او كانت مملوكة للغير ولم يثبت ان المؤجر كان يعلم وقت وضعها في العين المؤجرة بوجود حـــق للغير عليها ، وذلك دون اخلال بالاحكام المتعلقة بالمنقولات المسروقة والضائعة)) ·

ويبدو من هذا النص ان المنقولات الموجودة في المأجور وتكون غير مملوكـــــة للمستاجر ، أمـا ان تكون مملوكة لزوجة المستاجر · واما ان تكون مملوكة للغير اى غير الزوجة وغير المستاجر من الباطن الذى اشرنا اليـه ·

فاذا كانت المنقولات مملوكة لزوجة المستاجر ، فهناك قرينة علـى ان الزوجـة عندما رضيت بوضع منقولات مملوكة لها في عين استاجرها زوجها قد قبلت ضمنا

ان تكون هذه المنقولات ضامنة للاجرة ، فيكون للمؤجر حق امتياز عليها . اما اذا لم ترد الزوجة ذلك ، فعليها ان تنفي هذه القرينة باعلانها للمؤجر ان المنقولات الموجودة بالعين المؤجرة ملكها وانها لا تريد بوضعها في العين ان تكون ضامنة للاجرة ، حتى لا يعول المؤجر عليها وحتى يطالب المستأجر (الزوج) بوضع منقولات اخرى ضمانا للاجرة . وهذا كله على فرض الاخذ بقرينة ان الجهاز ملك المرأة المسلمة ، فاذا استطاعت ان تسترد اثاث المنزل بفضل هذه القرينة تجد نفسها امام قرينة اخرى هي رضاؤها الضمني بأن يكون الاثاث ضامنا للاجرة ، فتبقى المنقولات مثقلة بحق امتياز المؤجر . اما عند غير المسلمين فليست هناك قرينة ما على ان الجهاز ملك للزوجة ، ولذلك يستعمل المؤجر حق امتيازه على المنقولات بأعتباره ملكا للمستأجر نفسه . (١) اما المنقولات المملوكة للغير فلا يشملها الامتياز الا اذا كان المؤجر حسن النية لايعلم بوجود حق للغير عليها ، ووجود المنقولات في العين المؤجرة قرينة على انها مملوكة للمستأجر ، ولذلك يفترض حسن نية المؤجر في ذلك الى ان يثبت العكس (٢) .كما اذا كان المستأجر مصلحا للسيارات او الاجهزة الكهربائية او معروفا بامانته فتكثر الودائع لديه . او كان صانعا او مديرا لفندق او بائعا بالمزاد ، فظاهر ان السيارات او الاجهزة الكهربائية او الاشياء الاخرى الموجودة في العين المؤجرة ليست ملكا للمستأجر وانما هي ملك لعملائه او للاخرين (٣) .

---

(١) السنهوري – ص ٥٠٤ .
(٢) انظر الفقرة الثانية من المادة (١١٤٣) مدني مصري . تناغو – ص ٢٢٤ .
(٣) راجع السنهوري – ص ٥٠٥ .

المبحث الثاني

الالتزام بالمحافظة على المأجور

لم يورد لنا المشرع العراقي ضمن احكام عقد الايجار نصا يوضح لنا مستوى العناية الذي يجب على المستأجر القيام به مثلما فعل ذلك القانون المدني المصري (١) ٠الا أن ذلك لا يشكل ـ كما نعتقد ـ نقصا يلام عليه المشرع العراقي ،بسبب وجود نص المادة (٢٥١) التي يمكن الرجوع اليها في هذا الشأن والتي تنص على ما يلي :ـ

١ ـ في الالتزام بعمل اذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء او ان يقوم بادارته او كان مطلوبا منه ان يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه ، فان المدين يكون قد وفى بالالتزام اذا بذل في تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص المعتاد حتى ولو لم يتحقق الغرض المقصود ٠

٢ ـ ومع ذلك يكون المدين قد وفى بالالتزام اذا هو بذل في تنفيذه من العناية ما اعتاده في شؤنه الخاصة متى تبين ان المتعاقدين قصدا ذلك)) (٢)

والاصل ان يستخدم المستأجر العين المؤجرة على النحو المتفق عليه ، وبعكس ذلك لابد من الرجوع الى ما اعد له المأجور او ما يقتضيه العرف ، وهو ما اشارت اليه المادة (٧٦٢) مدني عراقي بقولها :ـ

---

(١) في المادة (٥٨٣) منه التي تقول :ـ ((يجب على المستأجر ان يبذل من العناية في استعمال العين المؤجرة وفي المحفظة عليها ما يبذله الشخص المعتاد)) ٠

(٢) ومن الجدير بالملاحظة ان الفقرة الاولى من المادة (٢١١) من القانون المدني المصري جاءت مشابهة للمادة (٢٥١) من القانون المدني العراقي مما يعني ان المادة (٥٨٣) مدني مصري ، ما هي الا تطبيق لمبدأ عام قررته المادة (٢١١) المشار اليها ٠ راجع :ـ
د٠ السنهوري ـ فق ٣٨٠ ـ ص ٥٣٣ ٠

((أيا كان الماجور يجب على المستأجر ان يستعمله على النحو المبين في عقد الايجار فان سكت العقد وجب عليه ان يستعمله بحسب ما اعد له وفقا لما يقتضيه العرف .)) .

وهذا الاتفاق قد يكون صريحا كما اذا أجرت دار للسكنى فقط ، وقد يكون ضمنيا يستفاد من ظروف التعاقد نفسها ، كما اذا أجرت سيارة ونص في العقد على انه لا يجوز ان يركب فيها اكثر من عدد معين من الاشخاص ، فذلك يفيد ان الغرض من تأجيرها هو نقل الاشخاص . ويمكن القول ان ذكر مهنة او حرفة المستأجر في العقد او معرفة المؤجر لهذه المهنة او الحرفة يقيم قرينة بسيطة على ان الغرض من الايجار يتجلى في مباشرة هذه المهنة او الحرفة .(1)

وفي حالة عدم الاتفاق على طبيعة الاستعمال ، لابد من الرجوع الى ما اعد له المأجور . ويتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة لتحديد ما اعد له المأجور بالاعتماد على طريقة بنائه ومنطقته . فهناك فرق كبير بين مأجور اعد ليكون محلا لبيع الفواكه او محلا للحلاقة او مكتبا . وهناك فرق كذلك بين منطقة تجارية تستخدم فيها المحلات والعقارات الاخرى لممارسة النشاطات التجارية، وبين منطقة هادئة من المالوف استخدام عقاراتها للسكن فقط .

وعلى هذا الاساس لا يجوز للمستاجر استعمال المأجور خلافا للاتفاق او لما اعد له المأجور . ولكن السؤال هنا ، ماذا لو استعمل المستاجر المأجور خلافا لكل ما تقدم ؟

يبدو ان المشرع العراقي اراد حماية مصلحة المؤجر حينما يكون هذا لتغيير في الاستعمال مضرا بالمأجور . وهذا يعني ان التغيير الذى لايلحق ضررا بالماجور لايدخل في أطار هذه الحماية لانتفاء العلة وهذا ما يمكن الاستدلال عليه بنص المادة (٧٦٠) مدني عراقي التي تقول :ـ

((من استحق منفعة معينة بعقد الاجارة فله ان يستوفي عينها او مثلها او دونها ولكن ليس له ان يستوفي ما فوقها)) .

---

(1) د. شنب ـ ص ١٨٣ .

ولكن هذا الامر يبقى خاضعا لرضا واتفاق المتعاقدين حيث يجوز تقييد الاستعمال حتى ولو لم يلحق التغيير ضرر بمصالح المؤجر ،لان تغيير الاستعمال يعني ان كلا من طرفي العلاقة التعاقدية حسب مصالحه بدقة وتصرف على هذا الاساس . وقد نصت على ذلك فعلا الفقرة الاولى من المادة (٧٦١) بقولها :ـ

((يعتبر التقييد في الاجارة سواء اختلف الانتفاع باختلاف المستعملين ام لم يختلف)) .

وعلى كل حال فان على المستأجر استعمال المأجور بالشكل الذي يحافظ عليه ، فمن يستأجر دارا للسكن لايصح له ان يتركه امدا طويلا دون سكناه او دون صيانته وملاحظته . ومن يستأجر سيارة او الة ميكانيكية يجب عليه استعمالها او عدم تركها ، اذا كان في ذلك ما يلحق الضرر بها .

من ناحية اخرى فان من اهم التزامات المستأجر ضرورة عدم الاساءة في استعمال المأجور ، كترك الامطار تتسرب مما يؤدي الى تلف المأجور بسبب بسيط يمكن تلافيه ، او ترك حنفيات المياه مفتوحة دون مبرر او تحميل المأجور اذا كان حيوانا او مركبة اكثر من طاقته كان يكون سيارة ذات حمولة فيصار الى استعمالها في حمولات تزيد عما اعدت وصممت له .

ان استعمال المستأجر للمأجور بما يسيء اليه يعطي الحق للمؤجر المطالبة بالتنفيذ العيني عن طريق ازالة الضرر او المطالبة بالفسخ . وهو يستطيع دائما المطالبة بالتعويض عن تلك الاضرار التي اصابته بسبب أساءة الاستعمال وهو ما اشارة اليه المادة (٧٦٤) مدني عراقي بقولها :ـ

((أستعمال المستأجر المأجور على خلاف المعتاد تعد . فيضمن الضرر المتولد عنه)) .

وقد ينتج أثناء أستعمال المستأجر للعين بعض الخلل او التلف كتحطم زجاج النوافذ او تخرب الاجهزة الكهربائية او حنفيات المياه ،فيلزم المستأجر باصلاح وترميم هذه الامور (م ٧٦٣ مدني عراقي) .

كذلك فان المشرع العراقي اعتبر المأجور امانة بيد المستأجر ،والامانة كما تنص المادة (٩٥٠ / فق ٢) مدني عراقي غير مضمونة على الامين بالهلاك ،سواء

كان ذلك بسبب يمكن التحرز منـه ام لا ، وانما يضمنها اذا هلكت بصنعـه او بتعـد او تقصير منـه . (١)

وقد ذهب الفقه المصرى عند دراسته لنص المادة (٥٨٣/فق ٢ مدني مصرى)، التي بينت لنا مسؤولية المستاجر عـن تلف او هـلاك العين المؤجرة (٢) ، الـى ان المشرع قد أفترض ان هـلاك الماجور راجع الى خطا المستاجر لان العين فـي حيازته وتحت اشرافه . والمؤجر غير ملزم باثبات خطا المستاجر ، بـل يستفيد من هذه القرينة القانونية . ومع ذلك فهي قرينة قابلة لاثبات العكس ، اذ يجوز للمستأجر ان ينفي مسؤوليته عن الهلاك ، اذا اثبت نه بـذل في المحافظـة علـى المأجور ما يبذلـه الرجل الاعتيادى ، وانـه كان يستعمل الماجور وفقا للاتفـاق او وفقا لما اعد له ، او ان الهلاك قد حصل بسبب أجنبي كقوة قاهرة اوخطـأ المستأجر نفسه او خطا شخص مـن الغير ممن يسأل عنهم المستاجر (٣) .

ومن الجدير بالذكر بان قانون ايجار العقار رقـم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ ــ اعتبـر ان احداث المستاجر بالماجور ضررا جسيما عمـدا او اهمالا ، أو احداثه تغييـرا جوهريا فيه دون موافقة المؤجر التحريرية ، او استعماله خلافا للغرض المبيـن في عقد الايجار بما يترتب عليه اساءة لسمعة المؤجر او الحاق الضرر بالماجـور ، من الاسباب التي تخول المؤجر مطالبة المستاجر باخلاء الماجور ،وهذا ما سنعالجه بشكل مفصل عند دراستنا لاسباب التخلية في قانون ايجار العقار (٤) .

---

(١) د. العامرى ــ ص ٢٨١ .

(٢) بقولها :ــ ((المستاجر مسؤول عما يصيب العين اثناء انتفاعـه بهـا مـن تلف او هلاك غير ناشيء عن أستعمالها استعمالا مالوفا)) .

(٣) وقد تشدد المشرع المصرى في مسؤولية المستأجر عـن الحريق واعتبروه التزاما بتحقيق نتيجة بموجب المادة (٥٨٤ /فق ١) التي تقول :ــ
((المستاجر مسؤول عن حريق العين المؤجرة الا اذا اثبت ان الحريق نشـأ عـن عن سبب لايد له فيه)) . لمزيد من التفاصيل راجع المصادر التالية :ــ
د. السنهوري ــ فـق ٣٩٧ص ٥٦٥ وما بعـدها ، د. تناغـو فـق ١٤٧ص ٢٤٣ وما بعدها ، د. شنب ــ ص ١٩٤ وما بعدها .

(٤) انظر الفقرات (جـ،د،هـ) من المادة (١٧) من قانون ايجار العقار رقـم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ .

المبحث الثالث

رد المأجور

قلنا ان عقد الايجار يعتبر من العقود الموقوتة التي تنصب على الانتفاع بالمأجور، ولا بد له من نهاية تتحقق بانقضاء مدته او بفسخه لاى سبب من أسباب الفسخ او بانتهائه لاى سبب من أسباب التخلية المشار اليها في قانون أيجار العقار . وعلى هذا الاساس فان اعادة المأجور بذاته مع ملحقاته (أن كانت هناك ملحقات) يعد من واجبات المستأجر الاساسية (١) ولا يحق له اعادة شيء أخر محل ما استأجره حتى ولو كان افضل من المأجور الا في حالة موافقة المؤجر على ذلك.

ولا بد من تسليم المأجور بنفس الطريقة التي استلم بها من قبل المستأجر من خلال وضعه تحت تصرف المؤجر ،بحيث يتمكن من وضع يده عليه وحيازته ،ولا بد ان يقترن ذلك باخطار المؤجر ، الذى قد لايكون على علم بانقضاء مدة العقد او رد المأجور مما يؤدى الى الحاق الضرر بالمأجور ويكتفى هنا بوضع المأجور تحت تصرف المؤجر واخطاره بذلك ، فأن تخلف عن الاستلام فان المستأجر يعتبر موفيا بالتزامه ويتحمل المؤجر كافة الاضرار والاثار التي قد تترتب على عدم استلامه للمأجور .

اما بالنسبة لمكان الرد فهو المكان الذى تسلم فيه المستأجر المأجور ما لم يحدد الاتفاق أو العرف مكانا اخر . كما يعتبر وقت انقضاء عقد الايجار زمانا للرد سواء كان الانقضاء طبيعيا اوكان جراء فسخ العقد اوسبب من أسباب التخلية (٢) علما بأن للمستأجر الحق في حبس المأجور اذا كان يستحق تعويضا لم يقدم اليه بعد أو لم يحصل على تأمين كاف يضمن الوفاء بهذا التعويض (٢) .

---

(١) قد تكون الملحقات موجودة اصلا أو انها قد نشأت خلال مدة الايجار . كما هو الحال بالنسبة لنتاج الماشية المؤجرة أو طمى النهر الذى يتكون اثناء الايجار (د. شنب ـ ص ٢١٩) .

(٢) انظر المادة (٧٧١) مدني عراقي .

(٢) وقد أشارت الى ذلك فعلا المادة ٧٨٧ مدني عراقي بقولها : ((١ـ لايجوز لمن انتقلت اليه ملكية المأجور ولم يكن الايجار نافذا في حقه انه يجبر المستأجر على الاخلاء بعد التنبيه عليه بذلك في المواعيد المبينة في المادة (٧٤١) .

(يتبع)

هذا وقد نظمت المادة (٧٧٢) من القانون المدني العراقي الحالة التي يجب ان تكون عليها العين المؤجرة وقت ردها بالقول :

((١ ـ للمستأجر ان يرد المأجور في الحالة التي تسلمه عليها الا ما يكون قد اصابه من هلاك او تلف لسبب لا يد له فيه .

٢ـ فان كان تسليم المأجور للمستاجر قد تم دون وضع بيان بأوصافه فيفترض ،حتى يقوم الدليل على العكس ان المستأجر قد تسلمه في حالة حسنة ·)) ·

ومن هذا النص يبدو ان على المستأجر رد المأجور وملحقاته بالحالة التي كان عليها عند بدء الانتفاع · وتتحدد حالة المأجور بحسب ما هو مذكور في محضر الجرد الذي يبين اوصاف المأجور ، فاذا لم يوجد مثل هذا المحضر افترض المشرع ان المستأجر استلم المأجور في حالة حسنة لانه لو كان قد تسلمها في حالة غير حسنة لاثبت ذلك عند تحرير العقد فاذا هو اهمل تحمل وحده نتيجة اهماله · (١)

---

٢ ـ واذا نبه المالك الجديد المستأجر بالاخلاء قبل انقضاء الايجار فان المؤجر ملزماً بتعويض المستأجر ما لم يتفق على غير ذلك ولا يجبر المستأجر على الاخلاء الا بعد ان يتقاضى التعويض من المؤجر او من المالك الجديد نيابة عن المؤجر او الا بعد أن يحصل على تأمين كاف للوفاء بهذا التعويض)) ·

(١) ويستغرب استاذنا د· سعدون العامري من هذا الموقف بحق ويعتبره متناقضا مع نص المادة (٧٤٢) مدني عراقي التي تعتبر المؤجر موفيا بالتزامه اذا سلم المأجور بالحالة التي هو عليها وقت العقد ولو تكن هذه الحالة حسنة · ولكننا نعتقد بأن نص المادة (٧٢٢) من القانون المدني العراقي لابد من أخذه بنظر الاعتبار أيضا فهو يعرف لنا عقد الايجار بالقول : ((الايجار تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة · وبه يلتزم المؤجر ان يمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور)) · ولا شك بأن العبارة الاخيرة في هذا النص ترسم لنا صورة واضحة عن الحالة التي يسلم عليها المأجور لاستيفاء المنفعة المقصودة منه ولذلك فقد اقترحنا ضرورة اعادة النظر بنص المادة (٧٤٢)مدني عراقي ووضع نص جديد ينسجم مع الخط الايجابي الذى رسمه المشرع العراقي في المادتين (٨٢٢ ، ٧٧٢) من القانون المدني · لمزيد من التفاصيل راجع ص ٩٠ من هذا المؤلف ·

ومع ذلك يبقى له ان يثبت ان حالة العين لم تكن حسنة وقت استلامها، فالقرينة التي اقامها المشرع تقبل اثبات العكس بكل طرق الاثبات بما في ذلك الشهـادة والقرائن لان المسألة تتعلق بواقعة مادية. والمستأجر يسال عن هلاك العين تلفها الا اذا اثبت أن ذلك راجع الى سبب أجنبي او الى الاستعمال المألوف للماجـور . ويكفي أن يثبت المستاجر انه بذل في المحافظة على المأجور ما يبذله الشخـص الاعتيادي . (١)

وقد يخل المستاجر بهذا الالتزام (اى الرد عند انقضاء مدة عقد الايجـار) ، وعندها يستطيع المؤجر تطبيقا للقواعد العامة المطالبة بالتنفيذ العيني اذا كـان ممكنا ،كما يستطيع المطالبة ببدل ايجار المثل بالاضافة الى التعويضات عـن الاضرار التي سببها اخلال المستاجر هذا ، والتي تبرز سلطة القاضي التقديرية واسعة في تحديدها ، مثال ذلك ما فات المؤجر من ربح وما لحقه مـن خسـارة بسبب فقدانه لصفقة رابحة من بيع الماجور او في تأجيره لشخص اخر او فـي زراعة الارض بنفسه في الوقت المناسب ،فيما لو أخليت من قبل المستأجر عنـد انقضاء مدة الايجار . (٢)

هذا وقد اكـد القانون المدني العراقي على بقاء الماجور امانة في يد المستأجر عند انقضاء الايجارة كما كان اثناءها . ولذلك يعتبر المستأجر ضامنا لما يصيب تلف الماجور . كما يعتبر المستاجر ضامنا ايضا اذا طلب المؤجر المأجور عنـد انقضاء مدة الايجار ولكن المستأجر امتنع عن تسليم المأجور ثم الحق التلف فيما بعد بالمأجور (المـادة ٧٧٣ مدني عراقي .)

---

(١) تناغو ـ ص ٢٥٢ ، السنهوری ـ فق ٤١٧ ـ ص ٦٠٠ ، العامری ـص٢٨٢. شنب ـ ص ٢١٩ .

(٢) ويستطيع المستاجر ان يدفع المسؤولية عنه اذا اثبت انتفاء الخطأ من جانبـه وأنه كان يستعمل المأجور بحسب المألوف ويبذل في المحافظة عليه عناية الرجل الاعتيادي (د. تناغو ـ ص ٢١٣) .

ويعتبر المستاجر قد ارتكب جريمة خيانة الامانة اذا كان المأجور منقولا ولـم يقم المستأجر برده الى المؤجر عند طلب الاخير له بعد حلول الالتزام برده (١) .

وقد يقوم المستاجر بانفاق بعض المصروفات على المأجور . وربما تكون هـذه المصروفات ضرورية . يضطر المستأجر الى انفاقها لحفظ العين المؤجرة مـن الهلاك او التلف ، كالنفقات التي تصرف في اصلاح منزل قابل للسقوط او فـي بناء جدار متداع يهدد بسقوط العقار ، او في تصريف المياه مـن ارض مهـددة بالتلف بسبب غمرها بمياه الفيضان . وتخضع هذه المصروفات للقاعدة القانونية العامة المنصوص عليها في المادة (١١٦٧) من القانون المدني العراقي التي تقول :ـ ((على المالك الذى رد اليه ملكه أن يؤدى الى الحائز جميع ما انفقـه مـن المصروفات الاضطرارية . والمصروفات الاضطرارية هي المصروفات غيـر الاعتيادية التي يضطر الشخص الى انفاقها لحفظ العين من الهلاك)) .

كما قد تكون هذه المصروفات كمالية يقصد بها زخرفة العين او تجميلهـا دون ان يضيف شيئا الى جوهر العين كرسم صورة زيتية علـى جدران المنـزل او تبطينها بالورق الملون (٢) . وتخضع هذه المصروفات ايضا الى حكم القاعدة العامة المقررة في الفقرة الثالثة من المادة (١١٦٧) التي تقول :

((واذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز ان يطالب بشيء منها وعلى ذلـك يجوز له ان ينزع ما استحدثه منها على ان يعيد الشيء الى حالته الاولى الا اذا آثر المالك ان يستبقيها في نظير دفع قيمتها مستحقة القلع)) .

واصطلاح مستحقا للقلع اخذ عن الشريعة الاسلامية ، ويقصد به قيمـة الاشيـاء وهي مقلوعـة بعد استقطاع مصـارف قلعها (٣) .

وهناك نوع ثالث من المصروفات وهي المصروفات النافعة التي لا يقتضيهـا حفظ العين من الهلاك والتلف ، ولا تعتبر في ذات الوقت كمالية لانها لم تنفق من

---

(١) قارن :ـ د. حميد السعدي ـ جرائم الاعتداء على الاموال ـ ص ٥٨٠ ـ٥٨١.
د. السنهوري ـ ص ٦١٣ .
(٢) د. شنب ـ ص ٢٢٣ .
(٣) د. الصراف ـ ص ٣٩٦ .

لا للزينة والزخرفة ، بل في تحسين العين وجعلها اكثر صلاحية للانتفاع بها .
وقد تكون هذه المصروفات قد انفقت في القيام بالترميمات التاجيرية كاصلاح زجاج النوافذ او حنفيات المياه ، حيث يتحملها المستاجر ، وقد تنفق في الترميمات الضرورية للانتفاع بالعين ، او في زيادتها وتحسينها ، كما لو ادخل اليها النور او الغاز . والهاتف ، أو اكثرت فيها المرافق وحسن من استغلالها ، او كانت العين المؤجرة ارضا زراعية فشق المستاجر فيها مصارفا وترعا للمياه (١)

وقد عالجت المادة (٧٧٤) مدني عراقي هذا النوع من المصروفات بقولها :ـ

((١ ـ اذا انقضت الاجارة وكان المستاجر قد بنى في المأجور بناء أو غرس فيه اشجارا او قام بتحسينات أخرى مما يزيد من قيمته وكان ذلك على الرغم من معارضة المؤجر او دون علمه الزم المستأجر بهدم البناء وقلع الاشجار وازالة التحسينات . فاذا كان ذلك يضر بالمأجور جاز للمؤجر ان يمتلك ما استحدثه المستاجر بقيمته مستحقاً للقلع .

٢ـ أما اذا أحدث المستاجر شيئا من ذلك بعلم المؤجر ودون اعتراض منه فان المؤجر يلتزم بأن يرد للمستأجر الاقل مما انفقه او ما زاد في قيمة المأجور ما لم يكن هناك اتفاق خاص يقضي بغير ذلك .

٣ ـ فاذا احدث المستاجر شيئا من ذلك بأمر المؤجر . فأن المؤجر يلتزم بأن يرد للمستأجر ما انفقه بالقدر المعروف . ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك .))

وعلى هذا الاساس فان انفاق هذه المصروفات قد يكون دون علم المؤجر اوبعلمه ومعارضته لها . وهنا لابد من قيام المستاجر بقلع ما احدثه من مباني ومنشآت وتحسينات على حسابه الخاص بشرط ان لاتضر هذه الازالة بالمأجور فاذا كان القلع مضرا جاز للمؤجر ان يمتلك ما استحدثه المستأجر بقيمته مستحقا القلع (اى قيمة الاشياء وهي مقلوعة بعد استقطاع مصاريف قلعها) .

(١) د. شنب ـ ص ٢٢٣ . السنهوري ـ ص ٦١٦ .

كما قد تكون هذه المصروفات قد انفقت بعلم المؤجر ودون معارضته اى بموافقته الضمنية ، فان المؤجر يرد للمستأجر الاقل مما (من مواد واجره عمل) او مـــا الانفاق في قيمة المأجور لهذه النسبة ، التزم المؤجر ان يدفع له مقدار مـــا زاد في القيمه فقط ٠واذا كان الانفاق قد زاد في قيمة المأجور بأكثر منـــه لـــــم يدفع المؤجر للمستأجر سوى ما انفقه من مال ما لم يكن قد حصل بينهما اتفـاق يقضي بخلاف ذلك ٠ أما في الحالة الاخيرة حيث يكون الاتفاق قد تم بناء علـــى امر من المؤجر اى بناء على رغبته الصريحة فان المؤجر يكون ملزما بـــأن يودى للمستأجر ما انفقه بالقدر الذى يقرره العرف ما لم يتفق على غير ذلك ٠ (١) ٠

(١) د٠ الصرف ـ ص ٣٩٦ ـ ٣٩٧ ٠

الفصـــل الثالث

طبيعـة حـق المستاجر والتصرف فيـــه

اختلف الفقهاء بالنسبة لطبيعة حق المستأجر بين من يعتبره حقا شخصيـــا وبين من يذهب الى انه حق عيني ، ويسوق كل جانب ما لديه من الحجج لدعـم وجهة نظره . ولكن الامر الذى اكتسب اهمية كبيرة هنا هو حق المستاجر فـي الايجار من الباطن او التنازل عن الايجار فبينما تعتبر القوانين المدنية ومنهـا القانون المدني العراقي ان الاصل هو جواز الايجار من الباطن او التنازل عـن الايجار ، ذهبت القوانين الخاصة كقانون ايجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ الى تحريم هذا التصرف واعتباره باطلا ، بعد ان كان قانون ايجار العقار السابـق رقم (٦٧) لسنة ١٩٧٣ قد اجاز هذا التصرف بشرط موافقة المؤجر التحريرية .

وعلى هذا سنتناول في هذا الفصل طبيعة حق المستاجر في مبحث اول ثـم ندرس بعد ذلك حق المستاجر في الايجار من الباطن او التنازل عن الايجار فـي القانون المدني العراقي وقانون ايجار العقار في مبحث ثـان .

المبحـث الاول

طبيعـــة حـــق المستاجـــر

كان من المتفق عليه أن حق المستاجر هو حق شخصي ولكـن وجـــود بعض الظواهر القانونية دفع بعض الفقهاء الى الدفاع عن عينيه حق المستأجر . وكـان على رأس المدافعين عن هذه الفكرة القاضي الفقيه ترولون رئيس محكمـة النقض الفرنسية الذى جمع حوله نفرا من الفقهاء وطائفة من المحاكم . الا ان هـــذه المحكمة بالذات قضت على نظرية رئيسها لكي تثبت حق المستاجر الشخصـي فقط دون ان يكون لهذا الحق صفة عينية . (١)

(١) السنهورى ـ ص ٦٣١ ـ تناغو ـ ص ٢٥٨ ـ العامرى ـ ص ٢٨٧ .

وكانت اقوى الحجج التي استند اليها المدافعون عن عينية حق المستأجر تتجلى في سريان عقد الايجار في حق المالك الجديد عند انتقال ملكية العين المؤجرة الى الغير اذا كان عقد الايجار ثابت التاريخ قبل انتقال الملكية . ويقاس على ذلك أيضا انتقال الحقوق العينية الاخرى الى الغير دون حق الملكية كحق الانتفاع اورهن الحيازة . ويقول انصار الحق العيني ان هذا دليل على أن للمستاجر حق التتبع ، اذ انه يستطيع ان يحتج بحقه كمستأجر على كل من انتقلت اليه ملكية العين المؤجرة او من انتقل اليه حق عيني فيها . وشأن المستأجر في ذلك هو شان المنتفع وشأن الدائن المرتهن ، فكل من هؤلاء يستطيع بموجب حق التتبع أن يحتج بحقه على الغير ، واذا لم يكن هناك شك في ان حق كل من المنتفع والدائن المرتهن هو حق عيني ، فمما لاشك فيه ان حق المستأجر هو الاخر حقا عينيا .(١) . وقدرفض الفقه والقضاء هذه الحجة ، لان نفاذ حق المستأجر في مواجهة المالك الجديد ليس تطبيقا لفكرة التتبع ، ولكنه استثناء من مبدا نسبية اثر العقد . فالاصل الا تنصرف اثار العقد الا الى عاقديه والخلف العام لهما ، ولكن استثناء من هذا المبدأ فانه اذا انشا العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك الى خلف خاص ، فأن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل الى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء اذا كانت من مستلزمات . وهذه هي نظرية الاستخلاف ، وطبقا لها فأن حق المستأجر لايكون نافذا فحسب في مواجهة المالك الجديد ، بل يصبح هو أيضا مدينا في مواجهة المالك الجديد بمقتضى عقد الايجار ، كما كان مدينا في مواجهة المالك السابق ، تطبيقا لفكرة القوة الملزمة للعقد (٢) .

ومن الحجج الاخرى لاصحاب نظرية الحق العيني امكانية قيام المستاجر بدفع التعويض المادي الصادر عن الغير بنفسه دون اللجوء الى المؤجر ، كذلك يستطيع المستأجر ان يقيم دعوى استرداد الحيازة مادام قبل نزع يده يتصرف بالمأجور تصرفا متواصلا وسليما . ومعلوم ان المادة (٧٥٥) مدني عراقي تجيز للمستأجر

(١) السنهوري ــ ص ٦٣٣

(٢) تناغو ــ ص ٢٥٩ ، السنهوري ــ ص ٦٣٤ .

ان يطلب رفع يد الغاصب اذا كان ذلك بامكانه ، كما تجيز له ان يطالب الغاصب بالتعويض . ولما كان الاصل في دعاوى استرداد الحيازة انها مقررة لحماية الحقوق العينية وحيازتها حيازة قانونية فان هذا يعتبر اعترافا من المشرع بان للمستأجر حقا عينيا على المأجور (١) . ويسوق اصحاب هذا الاتجاه حججا اخرى لدعم موقفهم كالاستناد الى القاعدة التي تقضي بوجوب تسجيل عقد الايجار اذا زادت مدته على حد معين (تسع سنوات في القانون المصري واثنتي عشرة سنة في القانون الفرنسي) ،ويتخذون من هذا التسجيل دليلا على ان حق المستأجر حق عيني لان الحقوق العينية وحدها هي التي تسجل . وقد رد على هذه الحجة بأن هناك حقوقا شخصية اخرى تسجل ، كذلك فانه لو صح أن عقد الايجار يجب تسجيله لان للمستأجر حقا عينيا لوجب تسجيل جميع عقود الايجار ايا كانت مدة العقد (٢) .

الا أن كافة هذه الحجج لاتصمد امام الكثير من الحقائق التي ترجح كفة الحق الشخصي وفي طليعتها تعريف عقد الايجار الوارد في المادة (٧٢٢) مدني عراقي الذي يتجلى في أنه :

((تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة ، وبه يلتزم المؤجر ان يمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور)) .

وضرورة اخطار المؤجر بكل تعرض قانوني يحصل للمستأجر باعتبار المؤجر هو الخصم الحقيقي في ذلك . اما بالنسبة لدفع التعرض المادي فلا علاقة له بصفة الشخص المدافع سواء كان مستأجرا أم لم يكن ، اذ ان المتعرض اليه ماديا تحميه النصوص القانونية بغض النظر عن صفته . ومما يدفع الشك كثيرا عن نظرية الحق الشخصي عدم ذكر المادة (٦٨) مدني عراقي حق المستأجر كحق عيني ، على الرغم من درجها الحقوق العينية على سبيل الحصر وليس على سبيل المثال .

---

(١) . العامري ـــ ص ٢٨٨ .

(٢) . السنهوري ـــ ص ٦٣٩ .

يبدو اذن مما تقدم ان اصحاب نظرية الحق الشخصي يمتلكون حججا اقـوى لدعم موقفهم . الا ان ذلك لايعني نهايـة المطاف او القول الفصل ، بسبب بـروز بعض الظواهر القانونية التي املتها التطورات الاقتصادية والاجتماعية ، مما ادى الى صدور الكثير من قوانين الايجار الخاصة التي زادت مـــن تدخل المشــرع في تنظيم العلاقات الايجابية على حساب مبدا سلطان الارادة . وهذا ما ادى الـــى ظهور مبــدا الامتداد القانوني لعقد الايجار الذى قوى حق المستاجر واكسبـــه الكثير من الثبـــات والاستقرار بشكل لا يتفق الا مـــع خصائص الحـــــق العيني حيث لايستطيع المؤجر وفقا لذلك ان يطالب المستاجر باخلاء المأجـور الا لسبب من اسباب التخلية المنصوص عليها قانونا (١) بحيث اصبح المؤجـر (٢) كانه شريك للمؤجر في ملكه (٣) .

ثانياً ترجيح حـق المستاجر الشخصي :ـ

(١) ان حق المستاجر يعتبر منقولا سواء كان المأجور عقارا أم منقولا ، لان هــذا العقد لا يلزم المؤجر بنقل ملكية المأجور الى المستاجر ، بل يقتصر على الـزام المؤجر بتسليم المأجور خاليا من الشواغل ويمكن المستاجر من الانتفاع بالمأجور وفقـا للاتفاق، او وفقا لما اعد له المأجـور .

ومما يترتب على ذلك عدم جواز قيام المستاجر برهن حقه هذا رهنا تامينيا لان هــذا النوع من الرهن لا يصح الا بالنسبة للعقار . ولكن الرهن الحيازى جائز هنا لانه يرد على العقار وعلى المنقول . ولكن الرهن الحيازي يؤدى الـى حرمان المستاجر من الانتفاع بالشيء ، لان نفاذه يقتضي انتقال حيازة العيـــن الى الدائن المرتهن . كذلك لايشترط عند الايجار من الباطن او التنازل عـــن الايجـار تسجيل هــذا التصــرف في دائـرة التسجيل العقاري ، ويعتبر مثـل هذا التصرف نوعا مــن حوالة الحق ، وتتبع في التنازل قواعد حوالة الحق في

(١) انظر المادة (١٧) من قانون ايجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ .
(٢) كما يذهب الى ذلك الاستاذ السنهوري ـ ص ٦٥٢ .
(٣) للمزيد من التفاصيل راجع : د. عصمت عبد المجيد بكر ـ الاثـر النزعـــة الاجتماعية في تطور عقد الايجار ـ المصدر السابق ـ ص ٥٩ وما بعدها .

ضرورة قبـول المؤجر للحوالة واعلانه بـها . مـن ناحية اخـرى فان المحكمة المختصة بنظر الدعاوى الناشئة مـن عقد الايجار هي محكمة موطن المدعى عليه وليست موقع العقار . (١)

٢- ليس للمستاجر ان يدفع بنفسه التعرض الصادر عن الغير المبني على سبب قانوني بل لابد له من اخطار المؤجر بذلك ،والاستعانة به في دفع هـــذا التعرض . وكذلك لايجوز للمستاجر ان يرفع الدعوى على مستاجر اخر سابق عليه وانتهى عقد ايجاره يطلب منه اخلاء العين ، بل يجب عليه رفـع الدعـوى على المالك مباشرة . واذ رفع المالك الدعوى على المستاجر السابق يطلب منه اخلاء العين . فليس للمستاجر الجديد ان يدخل فيها .(٢)

---

(١) انظر المادة (٣٦،٣٧) من قانون المرافعات المدنية المعدل رقم (٨٣) لسنـــة ١٩٦٩ ،د. تناغو – ص ٢٦٥ ،د. الصراف – ص ٤٠١ .
(٢) د. تناغو – ص ٢٦٦ ،د. العامري – ص ٢٩٠ .

المبحـــث الثاني

الايجار مـن الباطن والتنازل عـــن الايجـار

على الرغم من الاختلافات التي لاحظناها بشان تكييف حـق المستاجر وهـل انه حق عيني ام انه حق شخصي ، فان الرای نراجح هنا يفضل اعتبار هـذا الحق شخصيا يستطيع معه المستاجر التصرف فيه كای حق شخصي اخر بالبيع او الهبـة او الرهن رهنا حيازيا او الاعارة ، ولكـن الحياة العملية ترينـا ان اكثر التصرفات التي يجريها المستاجر للتصرف في حقه تنصرف عادة الـى التنازل عن الايجار او الايجار من الباطن . ولذلك نرى ان الدراسات الفقهيـة والقانونية تهتم على الاغلب بهذين الموضوعين ((الايجار من الباطـن او التنازل عن الايجار)) سواء كان ذلك في ظل احكام القانون المدني اوفي ظل احكام القوانين الخاصة كقانون ايجار العقار العراقي رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ مثـلا .

وهناك في هذا الشان موضوع اخر لا يقل اهمية عما تقدم اشار اليه قانـون ايجار العقار في المادة (١٣) منه يطلق عليه اسم المساكنة او اسكان الغير مـع المستاجر . حيث وضع لنا قانون ايجار العقار مبدا اجاز فيه للمستاجر ان يذكر في العقد اسماء الاشخاص الذين يسكنون معه في الماجور ، ونص ايضا علـى الاشخاص اللذين يجوز للمستاجر ان يسكنهم معه ولو لم يذكروا في العقـد ، او لم تحصل الموافقة التحريرية لاسكانهم من قبل المؤجر . وقد راعى المشرع في ذلك الروابط العائلية والعادات والتقاليد الاجتماعية في العراق التي لا يجـوز اغفالهـا .

تكييف التصرف والفرق بين الايجار من الباطن والتنازل عن الايجار

قد يتفق المتعاقدان على طبيعة التصرف بشكل واضح لا لبس فيـه . ولكـن قد يتفق المتعاقدان على هذا التصرف دون بيان طبيعته ، وهل انـه ايجار مـن الباطن ام انه تنازل عن الايجار . وهنا لابد للقاضي ابتداء من تلمس كافـة الوسائل لمعرفة التكييف السليم لهذه العلاقة بالرجوع الى نية المتعاقديـن المشتركة ، او الرجوع الى الظروف المحيطة بالعقد او شروطه التي ارتضاهـا الطرفـان .

ومن المعايير التي يشير اليها الفقه في هذا المجال كيفية دفع الثمن ،وهل انـــه دفع دفعه واحدة ام كان مقسطا ، حيث يصح اعتباره تنازلا عن الايجار في الحالة الاولى وايجارا من الباطن في الحالة الثانية • ولكن هذا المعيار قد لا يكون كافيــا خصوصا في ايامنا هذه التي قد يطلب فيها المؤجر دفع بدل الايجار مقدما ولعــدة سنوات ، وهذا ما دفع القوانين الخاصة ومنها قانون ايجار العقار الحالي الى منع ذلك ، ووجوب ان تدفع سلفا اجرة العقارات المشمولة باحكام هـذا القانـــون باقساط شهرية بصرف النظر عن مدة سريان عقد الايجار ويقع باطلا كــــل اتفاق يقضي بخلاف ذلك • (١)

ومن المعايير الاخـرى المعتمدة الرجوع الى طبيعة التصرف وهل انه يشمـــل كل المأجور أم جزءا منه ، حيث يصح اعتباره تنازلا في الحالة الاولى وايجارا مـن الباطن في الحالة الثانية •

ومن اهم الدلائل التي يستطيع القاضي الرجوع اليها وجود عقدين احدهمـــا بين المؤجر والمستاجر وثانيهمــا بين المستاجر الاصلي والمستاجر من الباطـــن • وغالبا ما تختلف شروط هذين العقدين عن بعضهما مما يدل على ان التصـــرف هو ايجار من الباطن •

ولكن كافة المعايير المتقدمة وان كانت عونا للقاضي للوصول الى حقيقة التصرف واعطاء التكييف القانوني الصحيح له ، الا انها ليست حاسمة بل انها دلائـــل تقريبية توصل القاضي الى مبتغاه وقد لا تجديه نفعا ،وعندها سيرجح القاضـــي افتراض انصراف نية المتعاقدين الى التأجير من الباطن لانه الاكثر شيوعا والاقرب الى اذهان الناس من التنازل عن الايجار • (٢) •

عقدين عند الايجار من الباطن احدهما بين المؤجر والمستأجر الاصلي وثانيهمــا بين المستاجر الاصلي والمستاجر من الباطن وقد يختلف العقدان عن بعضهمــا من حيث الشروط ، اذ قد تكون الاجرة في العقد الثاني اقل او اكثر مـــــــن الاجرة في عقد الايجار الاصلي كما قد تكون المدة أقصر او اطول من المدة المتفــق عليها بين المؤجر والمستأجر الاصلي ،وهنا تكون الاجارة من الباطن فيما يتعلــق

(١) المادة العاشرة من قانون ايجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ •
(٢) انظر د• العامري – ص ٢٩٢ ، د• الصراف – ص ٥٠٤

بالمدة الزائدة موقوفة على اجازة المؤجر الاصلي . وقد يتفق المتعاقدان علـــى ان تكون شروط الايجار من الباطن هي نفس شروط العقد الاصلي . اما اذا لــــم يحددا شروط الايجار من الباطن فانه يفترض انهما اتفقا ضمنيا على ان تكون شروط الايجارمن الباطن هي نفس شروط العقد الاصلي من حيث الاجرة ومن حيث المدة . ولا شك بان التزامات المستاجر الاصلي تجاه المستاجر من الباطن هـــي نفس التزامات المؤجر بالنسبة للمستاجر الاصلي ،كذلك فان حقوق المستاجـــر الاصلي في مواجهة المستاجر من الباطن هي نفس حقوق المؤجر في مواجهة المستاجر الاصلي ، خصوصاً ما يتعلق منها بحق الامتياز على ما يكون في المأجـــور مـــن منقولات مملوكة للمستاجر من الباطن قابلة للحجز او محصولات زراعية . امــ التنازل عن الايجار فانه ينقل الى المتنازل اليه الحق ذاته بشروطه واوصافـــه، لذلك قيل ان التنازل عن الايجار هو تنازل عن الحق بطريق البيع او الهبـــة . كذلك ليس للمتنازل عن الايجارحق امتياز على منقولات المتنازل اليه كما لاحظنا ذلك في الايجار من الباطن . ومن الفروق الاخرى التي يضيفها جانب من الفقـــه بين الاثنين هو ان التنازل عن الايجار هو تصرف في الحق ،فيجب ان تتوافر فيه اهلية التصرف اما الايجار مـــن الباطن ،فهو من اعمال الادارة ، فـــلا تشترط فيه اهليـــة الادارة (١) .

متـى يستطيع المستأجر التاجير مـــن الباطن او التنازل عـــن الايجار ؟

اولا :ـ في القانون المدنـــــي :ـ

الاصل في القانون المدني العراقي جواز الايجار من الباطن او التنازل عـــــن الايجار ما لـــم يقض الاتفاق او العرف بعدم جواز ذالك كلا او جزءا . والـــى هذا اشارت المادة (٧٧٥) مدني عراقي بقولها :ـ

---

(١) تناغو ـ ص ٢٦٨ . السنهوري ـ ص ٦٦٤

((للمستأجر أن يؤجر المأجور كله او بعضه بعد قبضه اوقبله في العقار وفي المنقول وله كذلك أن يتنازل لغير المؤجر عن الاجارة كل هذا ما لم يقض الاتفـــاق او بغيرة)) (١) ٠

والحكمة من هذا النص ان الايجار في الاصل ليس من العقود التي تهتــــــم بالاعتبار الشخصي للمستاجر ،فلا فرق في استلام الاجرة من المستاجر الاصلـي او من المستأجر من الباطن او المتنازل اليه ٠ كذلك فان هذه التصرفات ستزيــــد من الضمانات لصالح المؤجر لان المستاجر من الباطن او المتنازل اليه سيصبحان ملتزمين قبل المؤجر لجانب المستأجر الاصلي ٠ ولكن هذه القاعدة لا تطبـــــق طبعـا اذا كانت شخصية المستأجر محل اعتبار ،كما هو الحال في عقود المزارعة، حيث لا يجوز للمزارع وفقا للمادة (٨١٠) من القانون المدني العراقي ان يؤجـــر الارض الى غيره أو يتنازل عن الايجار الا برضاء صاحب الارض ٠

ولكن هذه القاعدة اذا كانت تتفق مع طبيعة عقد الايجار بأعتباره من العقود المالية في الاصل الا انها ليست مطلقة لانها قاعدة مكملة لارادة المتعاقدين وليست آمـرة لذلك يجوز الاتفاق على خلافها من خلال اتفاق المؤجر مع المستأجر على عــــدم جواز الايجار من الباطن او التنازل عن الايجار الا بعد الحصول على موافقــــة المؤجر ، وهذا ما اصطلح على تسميته بالشرط المانع (٢) ٠

الشرط المانع من الايجار من الباطن او التنازل عن الايجار :ـ

طالما يأتي الشرط المانع خلافا للاصل العام الذى يجيز الايجار من الباطـــن او التنازل عن الايجار ،فلابد ان يكون قاطعا في دلالته ، علما بانه قديكون صريحا وقد يكون ضمنيا يستكشف من طبيعة العقد او من ظروف التعاقد خصوصـا اذا كانت شخصية المستأجر محـل اعتبار ٠ وقد يكون الشرط المانع هذا مطلقا لا يجيز

(١) وقد سارت في هذا الاتجاه اغلب القوانين الاذى كالقانون المصرى (م٥٩٣) والسورى (م٥٦٠) والليبي (م٥٩٢) وقانون الموجبات والعقود اللبنانـــي (م٥٨٤) ٠كما جعلت التقنيات اللاتينية التنازل عن الايجار من الباطن جائزا ما لم يوجد شرط مانع ٠ اما التقنين المدني الالماني فينقضي في المادة (٥٤٩) بانه لايجوز للمستأجر الاصلي ان يتنازل عن الايجار او يؤجر من الباطـن الا باذن المؤجر ـ د٠ السنهوري ـ ص ٦٦٧ ٠

(٢) د٠ شنب ـ ص٢٤٣ ،د٠ تناغو ـ ص٢٦٩ ،د٠ الصراف ـ ص٤٠٥ ٠

الايجار مـن الباطن او التنازل عـن الايجار في كل الماجور ولكل الناس ، بينما قد ينصب هذا المنع على جزء مـن المأجور . كما ان التقييد قـد ينصرف الـى مستاجر معين او مهنة معينة دون غيرها .وسواء كان الشرط المانع صريحا او ضمنيا فلا يجوز التوسع في تفسيره ،حيث يجوز للمستاجر ان يدخل معه شركـاء في أستغلال العين المؤجرة ما داموا غير مستاجرين من الباطن ، وله ان يسكن معـه صديقا دون ان يكون مستاجرا .واختلف الفقه بالنسبة للاعارة ،فذهب البعـض الى جواز الاعارة لانها ليست ايجارا من الباطن ولا تنازلا عن الايجار ، علـى ان لاتستغرق مـدة الاعارة مـدة الإيجار الاصلي ،وعلى ان لاينزل المستعير عـن أستعمال العين للغير ولو على سبيل التبرع (١) .وذهب رأى أخر الى ان المنـع من التاجير يقتضي منع المستاجر من اعارة الشيء المؤجر ،اذ يترتب على هـذه الاعارة نفس ما يترتب على التاجير مـن الباطـن (٢) .

ب- ولا يجوز للمؤجر ان يمتنع عن الموافقة على التاجير من الباطن او التنازل عن الايجار الا لسبب مشروع (م ٧٧٥/ف٢ مدني عراقي) ، وبعكس ذلك يعتبـر متعسفا في استعمال هذا الحق ،فاذا تعذر على المستاجر الانتفاع بالعين المؤجـرة بنفسه ، واضطر الى ايجارها من الباطن ،فلا يجوز للمؤجر ان يتمسك بالشـرط المانع اذا لم تكن له ايـة مصلحة في تنفيذه كان يكون المستاجر الجديد في حالـة يسار ويعادل من الناحية الاولية مركز المستاجر السابق (٣) وفي حالة تعنت المؤجر فللقاضي ان يرخص المستاجر في الايجار من الباطن او التنازل عن الايجار .

وبسبب عدم ادراك اكثر الناس للفروق بين الايجار من الباطن والتنازل عـن الايجار ، أعتبر المشرع ان منـع المستاجر مـن ان يؤجر للغير يقتضي منعه مـن التنازل عن الايجار والعكس صحيح . والى ذلك أشارت الفقرة الثانية من المـادة

---

(١) د. السنهوري ـ ص ٦٦٩

(٢) د. شنب ـ ص ٢٥١ .

(٣) وفي فرنسا يؤخذ بهذا المبدأ اذا لم يكن الشرط المانع مطلقا . اما اذا جاء الشرط المانع مطلقا فالرأى الراجح الزام المستاجر به حتى لو لم يكن للمؤجر صالح في تنفيذه ، وحتى لو أدى تنفيذه الى تعذر انتفاع المستاجـر بالمأجـور . والسبب في ذلك يعود لنص المادة (١٧١٧) مدني فرنسي التي طالبت بتنفيـذ الشرط المانع بدقة .د. السنهوري ـ ص ٦٧١ .

(٧٦١) من القانون المدني العراقي (١) .

وجزاء مخالفة المستاجر للشرط المانع يمكن الرجوع فيه للقواعد العامة ،حيث يجوز للمؤجر المطالبة بالتنفيذ العيني للعقد باعتبار الايجار من الباطن او التنازل عن الايجار غير نافذ في حقه ، واخراج المستاجر من الباطن او المتنازل اليه من الماجور باعتبارهما شاغلين للعقار دون سند .ولهذين الاخرين حق الرجوع على المؤجر في المطالبة بالتعويض عن الاضرار التي اصابتهما اذا لم يكن اى منهما عالما بالشرط المانع عند ابرام العقد .

وللمؤجر ايضا بدل المطالبة بالتنفيذ العيني ان يطلب فسخ العقد لعدم تنفيذ المستاجر لالتزاماته المقررة في العقد ،فاذا حكم بالفسخ وجب اخلاء العين المؤجرة من المستاجر الاصلي، ومن المستاجر الباطن او المتنازل اليه .

وللمؤجر بالاضافة الى ماتقدم حق المطالبة بالتعويض عما اصابه من ضرر بسبب تلف العين جراء الايجار من الباطن او التنازل عن الايجار او بقائها خالية بعد الحكم بالفسخ واخراج المستاجر من الباطن وحتى انقضاء مدة العقد الاصلية (١) .

بيع المصنع او المتجر

نصت المادة (٧٦١/ف٢) من القانون المدني العراقي على ما يلي :ـ

((اذا كان الماجور عقارا انشيء فيه مصنع او متجر واراد المستاجر ان يبيع الشيء المنشأ جاز للمحكمة بالرغم من وجود القيد المانع ان تحكم بابقاء الايجار اذا قدم المشتري ضمانا كافيا ولم يلحق المؤجر من ذلك ضرر محقق)) .

ويعني هذا النص تعطيل حكم الشرط المانع في حالة انشاء مصنع او متجر في الماجور حتى ولو لم يتنازل المؤجر عن الشرط المانع صراحة او ضمنا علما بان المصنع او المتجر قد يقوم بانشائه مالك العقار او غيره .

(١) انظر في ذلك :ـ د. عبد الفتاح عبد الباقي ـ فق ٢٦٦ .
(٢) د. شنب ـ ص ٢١٥ ،د. تناغو ـ ص ٢٧٦ .

والحكمة من وراء هذا النص هو تسهيل بين المصانع والمتاجر ،حيث قـــد لا يرضى المشترى ان يقدم على الشراء دون حلوله محـل المستأجـــر الاصلي ، خصوصا اذا كان المكان قريبا وملائما ،بالاضافة الى ان هذا الاجراء سوف لا يفقد زبائن وعملاء المصنع او المحل التجارى ·

ويشمل هذا النص جميع انواع المتاجر والمصانع ،سواء كان المصنع كبيـــرا فيه الات ضخمة وعدد كبير من العمال او صغيرا يباشر فيــــه المستاجر بنفسه صناعة يدوية ، وسواء كان المتجر كبيرا أم حانوتـا صغيرا (١) ·

وتشترط المادة (٧٦١) مدني عراقي الانفة تقديم ضمان كاف ·ولا يشترط ان يكون الضمان المقدم من المشترى من التامينات العينية ، بل يصح ان يكـــون تأمنا شخصيا ، وعلى ذلك يجوز ان يقدم المشترى للمؤجر شيئا يرتهنه رهنـا تأمينيا او حيازيا ،او ان يقدم لـه كفيلا يتعهد بالوفاء لالتزامه اذا لـم يف هـو به ،وتقدير كفاية الضمان أمر يخضع لسلطة القاضي التقديرية (١) كذلـــك تشترط المادة (٧٦١) مدني عراقي ان لا يلحق المؤجر جراء هذا التصرف ضـرر محقق ،كان يكون المشترى سيء السمعة لا تتوافر فيه الاعتبارات التي راعاهـا المؤجر في المستاجر ، او ان يؤدى هذا البيع الى منافسة المؤجر في مهنته ســـواء كانت هذه المنافسة مشروعة او غير مشروعة · ويكلف المؤجر هنا باثبات وقـوع الضرر مع تقدير مقداره (٢) ·

وعلى الرغم من ان القانون المدني العراقي لـم يشترط ان يكون هناك ضرورة تدفع البائع الى بيع المتجر او المصنع ،فان المادة (٥٩٤) مدني مصرى ،وضعت مثل هذا الشرط الذى يعود في تقديره الى قاضي الموضوع ·ومن الامثلة التي يوردهـا الفقه المصرى بهذا الصدد عجز المستاجر عن العمل او تقاعده فيضطر الى بيـــع المتجر ، او موت المستاجر وعجز الورثة عن ادارة المتجر فيضطرون الى بيعـه ،او كساد التجارة ، أو افلاس المستاجر فيبيع المتجر جبرا ، او مرضه الـــذى يقعده عـن مباشرة عمله وهكذا (٤) ·

---

(١) د· تناغـــو ــ ص ٢٧١ ·

(٢) د· شنب ــ ص ٢٥٥ ·

(٣) أنظر في ذلك :ــ د· السنهورى ــ ص ٦٨١ ،د· شنب ــ ص ٢٥٥

(٤) د· السنهورى ــ ص ٦٧٩ ،د· تناغو ــ ص ٢٧١ ،د· شنب ــ ص ٢٥٥·

هذا وقد عالجت المادة (١٢) من قانون أيجار العقار رقم (٨٧) لسنـــة ١٩٧٩ هذا الموضوع بالقـول :

((اذا كان المأجور عقارا انشيء فيه مصنع وباع المستاجر المصنع حل المشتـــرى محل المستأجر في عقد الايجار طبقا لاحكام هذا القانون)) ٠

ويبدو من النص ان المشرع عالج العقار الذى انشيء فيه مصنع فقط ،ولـــم يتطرق الى العقار الذى أنشيء فيه متجر كما هو الحال في المادة (٧٦١) مدنـــي عراقي السابقة ٠ ولـــم يأت ذلك اعتباطا ،لان المشرع حاول بهذا النص حمايـة الصناعة وتشجيعها لانشاء المصانع (١) ٠ولم يجد المشرع ـ كما يبدو ـ ضرورة توفير مثل هذه الحماية بالنسبة للمحلات التجارية ٠ ولكننا ـ نعتقد ـ بـــأن نص المادة (٧٦١) مدني عراقي يعتبر اكثر اتقانا وصلاحية من نص المـــادة (١٢) المشار اليها ، لانها توفر لنا ما لا توفـــره المـادة (١٢) ،خصوصا وان النشـــاط التجارى وازدهاره يعد من الامور الضرورية جدا والتي نفضل الا تغيب عـــن بال المشرع ،لان هذا النشاط لا يقل أهمية عن النشاط الصناعي ، بـــل ان النشاط الصناعي والنشاط التجارى صنوان لا يفترقان ،وهما وجهان لعملــــة واحدة يمكن ان نسميهابالنشاط الاقتصادى الذى لابد من حمايته وتوفير عناصر ديمومته ٠

وطبقا للمادة (١٢) المتقدمة يحل المشترى محل المستاجر للعقار مـــن حيث التمكين من الانتفاع وتحديد الاجرة واسباب التخلية وغير ذلك من أحكام ، فـلا يكون للمؤجر ألحق في اقامة دعوى منع المعاوضة على المشترى وطلب قلع المصنع، لان القانون لم يعتبر ذلك تنازلا عن الايجار ولا أيجارا من الباطن (٢) ٠

ومن الملاحظ على نص المادة (١٢) انها لم تحدد لنا نوع المصنع او حجمه، فقد يكون المصنع واسعا يستخدم عددا كبيرا من العمال او صغيرا لا يستخدم سوى عدد محدود من العمال ٠ويصح ان ينتج هذا المصنع الملابس على اختلاف أنواعها او الاواني البلاستيكية او الاثاث قطع الغيار الاخرى ٠

---

(١) المذكرة الايضاحية لقانون أيجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ ٠
(٢) المذكرة الايضاحية لقانون أيجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ ٠

الايجار من الباطن والتنازل عن الايجار في

قانون ايجار العقار

اذا كان الاصل في القانون المدني كما لاحظنا جواز الايجار من الباطن او التنازل عن الايجار (الا اذا وجد شرط مانع يحول دون ذلك) ،فان الامر على عكس ذلك في قوانين الايجار الخاصة ،حيث قلب قانون تنظيم ايجار العقار العراقي رقم (٦٧) لسنة ١٩٧٣ (الملغي) هذا الوضع ،فجعل من القاعدة المنصوص عليها في المادة (٧٧٥) مدني عراقي استثناء ومن الاستثناء قاعدة • وينتج ذلك من نص الفقرة (ب) من المادة التاسعة من هذا القانون التي لم تجز الايجار من الباطن او التنازل عن الايجار بدون موافقة المؤجر التحريرية وتاييد الجهة المختصة بتنفيذ قانون ضريبة العقار التي تقع الدار في منطقتها ، وبعكس ذلك يستطيع المؤجر طلب تخلية المأجور (١) •

الا ان قانون أيجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ وفي الفقرة الاولى من المادة (١١) حظر مطلقا الايجار من الباطن والتنازل عن الايجار حتى ولو تم ذلك بأتفاق المؤجر والمستأجر ،حيث اعتبر ذلك من النظام العام ،وفي ذلك تقول المادة (١١/ف١) :-

((يحظر الايجار من الباطن او التنازل عنه كلا أو جزءا ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بخلاف ذلك))

وبهذا النص وضع القانون حدا لاستغلال المستأجرين حاجة الاشخاص الذين يستأجرون من الباطن وخاصة طالبي أستئجار الغرف المعدة للسكنى ،ووضعا كذلك حدا لاثراء المستأجر الاول على حساب المؤجر بدون حق (٢) والغالب

---

(١) انظر المادة السادسة من قانون تنظيم أيجار العقار رقم (٦٧) لسنة ١٩٧٣ • وتعتمد التشريعات الاستثنائية للاسكان في مصر نفس هذا النهج ، حيث يمتنع التنازل او الايجار من الباطن الا باذن كتابي صريح من المالك • لمزيد من التفاصيل راجع :د• برهام محمد عطا الله ـ (الوسيط في قانون أيجار الاماكن ـ مؤسسة الثقافة الجامعية بالاسكندرية ـ بلا سنة طبع ـ ص٣٣٤ وما بعدها •

(٢) المذكرة الايضاحيه لقانون أيجار العقار •

ان يكون بدل الايجار من الباطن كبيرا مقارنة ببدل الايجار المتفق عليه بين المؤجر والمستأجر الاصلي ، كذلك فان قوانين الايجار الخاصة قد جاءت اساسا لحماية المستأجرين وتوفير الاطمئنان لهم في الحصول على سكن بأجرة مناسبة ودون ان يتعرضوا لطلب التخلية بين فترة وأخرى ولم يدر في خلد المشرع ان تستغل هذه الحماية لجني الارباح الطائلة على حساب مالك العقار .

ثم عالجت الفقرة الثانية من المادة (١١) عقود الايجار المبرمة قبل العمل بهذا القانون في ١/٧/١٩٧٩ بالقول :

((اذا كان الايجار من الباطن او التنازل عنه قد تم قبل العمل بهذا القانون سواء كان بموافقة المالك التحريرية أو بدونها حل المالك محل المستأجر الاصلي في العقد الذى أبرمه هذا المستاجر من الباطن او المتنازل اليه)) .

وهذا يعني ان كافة العقود التي أبرمت قبل ١/٧/١٩٧٩ سواء كانت بموافقة المؤجر التحريرية او بدون موافقته سيحل فيها المالك محل المستأجر الاصلي وبذلك تصبح العلاقة بين المالك وبين المستأجر من الباطن علاقة مباشرة تؤدى الى خروج المستاجر الاصلي من اطار هذا التعامل .

الا ان المستاجر الاصلي قد يؤجر من الباطن جزءا من العقار ويشغل بنفسه الجزء الاخر منه ، وقد أجاز القانون في هذه الحالة للمؤجر البقاء في هذا الجزء به مستأجر بأجرة تقدر وفق أحكام قانون ايجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ .(١) وعلى هذا الاساس تكون العلاقة بين المؤجر والمستأجر الاصلي محكومة بعقد الايجار المبرم بينهما قبل نفاذ هذا القانون الا من حيث الاجرة التي تحدد وفقا للنسب التي رسمتها المادة الرابعة من قانون ايجار العقار ، والتي يجب ان لا تزيد على ٥٪ او ٧٪ او ٨٪ من القيمة الكلية للعقار وحسب نوعه وطبيعة استغلاله .

ومتى ما خالف المستاجر أحكام المادة (١١) من قانون ايجار العقار، فانه سيتعرض لفرض عقوبة جزائية اشارت اليها المادة (٢٣/ف٢) من القانون وهي الحبس مدة لاتقل عن ستة اشهر ولا تزيد على سنتين وبغرامة لاتقل عن

(١) م ١١/ف٣ من قانون أيجار العقار

خمسمائة دينار ولا تزيد على الف دينار او باحدى هاتين العقوبتين · أما الاثر الاخرى الذى يترب على قيام المؤجر بهذا التصرف ،فيتجلى في اعطاء المؤجر حق طلب تخلية المأجور وفقا للفقرة (ب) من المادة السابعة عشرة من القانـــون ·

هذا وقد اعتبر القضاء العراقي بأن ادخال المستأجر اخاه في العمل في الفرن المنتج للصمون مع اشراكه في الارباح ، لايعتبر اجارة من الباطن؛ لان اخيه يعتبر اجيرا ،ولم يتنازل المؤجر عن حقه في ادارة الفرن (١) ·الا ان قيام المستأجر باشراك اخر في اشغال المأجور يعتبر تنازلا عن جزء من المأجور (٢) ·كما قضى بان اسكان المستاجرة ولدها المتزوج المعيل لها وابنته الارملة منذ بداية العقد باعتبارهم عائلة واحدة لا يكون مخالفة قانونية لنص المادة(١١) منقانون ايجار العقار(٣)·غير ان استئجار العرصة لاتخاذهامرابا للسيارات واحداث ابنية عليها من المستأجر يعني جواز ايجار المستاجر الدكاكين المنشأة على العرصة الى الغير لتعذر اشغالها جميعا بنفسه ولا يعتبر ذلك أيجارا من الباطن ،لان المستاجر قد وضع في حسابه حتما انه سيؤجر الدكاكين الى الغير لتعذر اشغاله جميع الدكاكين واستغلالها من قبله (٤) ·

---

(١) قرار محكمة تمييز العراق رقم (٣٣٠/ هيئة عامة اولى /٧٦) في ١١/٢٠ مجلة القضاء العراقية الصادرة عن نقابة المحامين ــ العدد (٢) ــ السنة (٣٢) ــ ١٩٧٧ ــ ص ٢٩١ ·

(٢) قرار محكمة استئناف نينوى المرقم (١٩١/ ت ·ب/ ٩٨٠) في ١٩٨٠/٧/٢ ــ مجلة الوقائع العدلية ــ العدد (٢٧) تشرين الاول ١٩٨٠ ــ السنة (٢) ــ ص ٤٧٧ ·

(٣) قرار محكمة استئناف بغداد المرقم (٩٣١/حقوقية /١٩٧٩) في١٩٧٩/٥/٢٧

(٤) قرار محكمة استئناف الحكم الذاتي رقم (١٩ /تمييزية/ ١٩٨٠) في ١٩٨٠/٢/٢٨ ــ الوقائع العدلية ــ العدد (١٦) أيار ١٩٨٠ ــ السنة ــ (٢)ــ ص ٢١٥ ·

آثــار الايجـــار مـــن الباطن والتنازل عـن الايجـــار

أ ـ آثـار الايجار مـن الباطن :

يتعين علينا ونحن نبحث هذا الموضوع ان ندرس العلاقات التالية :ـ
١ ـ علاقة المستأجر الاصلي بالمستأجر من الباطن .

يحكم العلاقة بين المستاجر الاصلي والمستاجر من الباطن العقد الجديـد المبرم بينهما (م ٧٧٦ مدني عراقي) الذى قد يتفق مع العقد المبرم بين المؤجر والمستأجر الاصلي من حيث الشروط وقد يختلف عنه في ذلك . اذ قد يكون الغرض مـــن العقد الثاني يختلف عن الغرض المثبت في لعقد الاول ،وهنا يحق للمؤجر الاصلي ان يعترض على ذلك بأعتباره اخلالا من المستأجر الاصلي بالتزامه بعدم أستعمال العين المؤجرة في غير الغرض المقصود من الايجار (١) .وقد يختلف العقد الثاني بالنسبة لبدل الايجار او المدة ،حيث يكون بدل الايجار الثاني اكثر (وهذا هـو الغالب) اوقد يكون اقل من البدل في عقد الايجار المبرم بين المؤجر والمستاجـــر الاصلي (وهذا هو النادر) .كما قد تكون مدة العقد الثاني متصرفة الى ما تبـقى من مدة العقار الاول ، اما اذا كانت مدة العقد الثاني اكثر من مدة العقد الاول بين المؤجر والمستاجر الاصلي فان ماتبقىمن المدة يبقى موقوفا على اجازة المؤجر الاصلي ،وتعتبر الاجازة عن المدة الزائدة التي اقرها المؤجر اجارة مستقلـــة عن الاجارة من الباطن انعقدت مباشرة بين المؤجر والمستاجر من الباطن فيكون المستأجر من الباطن مستأجرا اصليا (٢) .

والتزامات المستاجر الاصلي قبل المستاجر من الباطن هي التزامات المؤجـــر التي سبق لنا وان درسناها مع احتمال تعديلها بشروط اخرى يتفق عليهـــا المستاجر الاصلي والمستاجر من الباطن بما لا يتناقض مع شروط العقد الاصلي . كذلك فان التزامات المستاجر من الباطن قبل المستاجر الاصلي هي نفســـس التزامات المستاجر الاصلي قبل المؤجر التي لاحظناها فيما تقدم .

---

(١) د. شنب ـ ص ٢٦٠ .
(٢) انظر في ذلك :د.سليما نمرقس ـ ص ٢٥٤ ص ٢٦٠ هامش (٤) . د. عبد الفتاح عبد الباقي ـ فق ٢٧٧ ص ٤٣٤ هامش (٦)

ومع ان عقد الايجار من الباطن مستقل عن عقد الايجار الأصلي ،فان انقضـاء عقد الايجار الاصلي لاى سبب تفسخه لاخذن المستأجر ،لاصلي بالتزاماتـه او انقضائه بانتقال ملكية العين المؤجرة الى مشترى لا يسرى في حقه الايجار الاصلـي او غير ذلك من الاسباب ،تؤدى حتما الى انقضاء الايجار من الباطن ،لان المستأجر الاصلي يؤجر حقه للمستأجر من الباطن فاذا انقضى حق المستأجر الاصلي فـان ذلك يكون بمثابة هلاك المحل بما يترتب عليه لانفساخ العقد ٠اما العكـس (اى انقضاء الايجار من الباطن لاى سبب) (١) قبل انتهاء عقد الايجار الاصلي فانه لايؤدى الى انقضاء عقد الايجار الاصلي (٢) ٠

٢ ـ علاقة المستاجر الأصلي بالمؤجر :ـ

يحكم علاقة المؤجر بالمستأجر الاصلي عقد الايجار المبرم بينهما ،حيث تبقـى كافة التزامات المؤجر والتزامات المستاجر التي ذكرناها سابقا قائمة ،بالاضافـة الى ازدياد مسؤولية المستاجر الاصلي ،اذ يصبح مسؤولا لا عـن اعماله حسب بل ايضا عن اعمال المستاجر من الباطن ،فاذا تلفت العين بخطاه هو او بخطـا المستأجر من الباطن ، تحققت مسؤوليته نحو المؤجر ٠ (٣) وقد اشارت الى ذلـك فعلا المادة (٧٧٦) من القانون المدني العراقي بقولها ٠

(١ ـ في حالة ايجار المستاجر المأجور، تبقى العلاقة بين المؤجر والمستأجـر الاول خاضعة لاحكام عقد الايجار الاول ٠٠٠٠ فيكون المستاجر الاول ملزما بالاجرة للمؤجر ، وليس لهذا قبضها من المستاجر الثاني ٠ألا اذا احاله المستأجـر الاول عليه او وكله بقبضها منه) ٠

وقد قرر المشرع ان ذمة المستأجر الاصلي قبل المؤجر تبرأ اذا اقر الاخيـر الايجار من الباطن صراحة او ضمنا ٠ويحصل هذا الاقرار من خلال القبـول الصريح بالايجار الثاني دون أبداء أى تحفظ ،او باستيفاء المؤجر للاجرة مباشرة

(١) كان تكون مدة الايجار من الباطن اقل من مدة العقد الاصلي
(٢) د٠ السنهورى ـ فق ٤٧٠ ـ ص ٧٠٤ ،د٠ تناغو ـ ص ٢٨٠ ٠
(٣) د٠ السنهورى ـص ٧٢٢ ،د٠ سليمان مرقس ـ فق ٢٥٥ ص ٤٦٣ ،د٠عبد الفتاح عبد الباقي ـ فق ٢٧٩ ٠

من المستأجر الثاني دون ابداء اى تحفظ بشأن حقوقه قبل المستأجر الاول ٠ (١)
ولاشك بأن هذا القبول يأتي لاحقا لحصول الايجار من الباطن ، ولا يتم ألا
بعد ان يتعرف المؤجر على شخصية المستأجر وقناعته بقبولـه مدينا يصلح
للحلول بدل المستأجر الاصلي ،لانه قادر على الوفاء بكافة الالتزامات المترتبة
ذمة المستأجر الاصلي ان لم يكن أحيانا افضل منه (٢)٠ ولكن براءة المستأجر
الاصلي تكون في حدود ماله من حقوق قبل المستأجر من الباطن ٠فاذا كانت الاجرة
من الباطن اقل من الاجرة الاصلية ،فان المؤجر يرجع على المستأجر الاصلي بالفرق
بين الاجرتين ٠ أما اذا كانت الاجرة من الباطن تزيد على الاجرة الاصلية ،فان
الزيادة تكون للمستأجر الاصلي ٠أما اذا كانت الاجرة متساوية فان استيفاءها
من المستأجر من الباطن مباشرة يعني براءة ذمة المستأجر الاصلي أيضا(٢)

٣ ـ علاقة المؤجر الاصلي بالمستأجر من الباطن :ـ

لاترتبط المؤجر بالمستأجر من الباطن علاقة مباشرة ، طالما ادركنا بان عقد
الايجار الاول مستقل عن عقد الايجار الثاني ٠ ولذلك ليس للمؤجر ان يطالب
المستأجر من الباطن بالاجرة مباشرة (٣) ٠وعلى هذا الاساس ليس للمؤجر ألا
الرجوع على المستأجر من الباطن وفقا للقواعد العامة ومن خلال الدعوى غير
المباشرة بشرط تحقق شروط الدعوى (٤) ٠ولكن رجوع المؤجر على المستأجر
من الباطن عن هذا الطريق سيعرضه لمساوىء وسلبيات الدعوى غير المباشرة ،لان
المستأجر من الباطن يستطيع ان يدفع فيها بكافة الدفوع
التي يجوز له التمسك بها في مواجهة دائنه (المستأجر الاصلي) كما أنه اذا طولب
بالوفاء بالاجرة من قبل كل من المؤجر والمستأجر الاصلي تعين عليه ان يفي بها
الى هذا الاخير دون المؤجر ،نظرا لقيام العلاقة المباشرة بينهما ٠كما ان الرجوع

(١) المادة ٧٧٨ مدني عراقي ٠
(٢) راجع : ـ د٠ العامري ـ ص ٢٩٨ ،د٠ السنهوري ـ ص ٧٢٣ ٠
(٣) تناغو ـ ص ٢٨٤ ٠
(٤) الا اذا احالة المستأجر الاول او وكله بقبضها (م ٧٧٦ مدني عراقي) ٠
(٥) م (٢٦١) مدني عراقي ٠

بهذه الدعوى من شأنه ان يؤدى الى ان يزاحم المؤجر في نتائجها سائر دائني المستأجر الاصلي ويخضع معهم لقسمة ما يتمخض عنها قسمة غرماء .

وتلافيا لكل هذه السلبيات وحماية للؤجر الذى يعتبر الاصل في كل هذه العلاقات التعاقدية ، اعطى المشرع وبنص القانون الحق للمؤجر في الرجوع مباشرة على المستاجر الثاني بدين الاجرة ، والى ذلك إشارة المادة (٧٧٦) من القانون المدني العراقي بقولها :

((٢ ـ ومع ذلك يكون المستاجر الثاني ملزما بان يؤدى للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتا في ذمته للمستاجر الاول وقت ان ينذره المؤجر ولا يجوز له ان يتمسك قبل المؤجر بما يكون قد عجله من الاجرة للمستاجر الاول ، ما لم يكن تعجيل الاجرة متمشياً مع العرف ومدوناً بسند ثابت التاريخ)) .

ويبدو من هذا النص ضرورة توجيه أنذار للمستاجر من الباطن بعدم دفع الاجرة المستحقة عليه للمستاجر الاول . وهذا يعني ان المستاجر الثاني يستطيع ان يدعي انه سدد للمستاجر الاول ما أستحق عليه من الأجرة قبل الانذار ، غير انه يشترط لكي يسري الوفاء في مواجهة المؤجر ان يكون متمشيا مع العرف ومستندا الى سند ثابت التأريخ (١) .

يضاف الى ما تقدم اعطاء المشرع للمؤجر حق الامتياز على المنقولات والمحصولات المملوكة للمستأجر من الباطن اذا كان المؤجر قد اشترط صراحة على المستأجر الاصلي عدم الايجار من الباطن . أما اذا لم يشترط المؤجر الاصلي ذلك فعلا يثبت له حق الامتياز الا على المبالغ التي مستحقة للمستأجر الاصلي في ذمة المستأجر من الباطن في الوقت الذى ينذر فيه المؤجر المستأجر من الباطن بعدم دفع هذه المبالغ للمستأجر الاصلي (المادة ١٣٧٤ / ف٢ مدني عراقي) .

---

(١) وقد أشارت المادة (٢٦) من قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ الى الحالات التي يكون فيها تاريخ السند ثابتا . ويلاحظ هنا ان النص لم يشر الى شكل الانذار الذى يوجهه المؤجر للمستأجر من الباطن ـ ولذلك يفترض البعض ان يكون الانذار بواسطة الكاتب العدل . د. تناغو ـ ص ٢٨٦ .

٢ ـ اثـار التنازل عــــن الايجــــار :ـ

أ ـ العلاقة بين المستاجـر المتنازل والمتنازل له عــن الايجـار

ينظم العلاقة بين المستأجر (المتنازل) والمتنازل اليه أحكام حوالة الحـــــق وحوالة الدين على حد سواء . وتتمثل حوالة الحق بما للمستأجر مـن حقوق في مواجهة المؤجر ،كما تتمثل حوالة الدين بما يلقى على عاتق المستاجر مــــن التزامات لصالح المؤجر (١) وقد ينصب التنازل على كل المأجور او على جـــزء منه ،كما قد ينصرف للمدة المتبقية من عقد الايجار او الى مدة اقل منها ،ولايجوز ان يكون التنازل لمدة أطول من المدة الاصلية وبعكس ذلك لايكون التنازل نافـذا في حـــق المؤجر فيما زاد عـن مدة الايجار الاصلية .

ويصح ان يكون التنازل عن الايجار بمقابل او بغير مقابل واذا كان بمقابـــل فهو بيع ويكون المقابل هو ثمن البيع وهو غير الاجرة التي يلتزم المتنازل لـــه بدفعها للمؤجر . فالاجرة التي يدفعها المتنازل له للمؤجر هي نفس الاجرة التـي كان المستأجر ملتزما بدفعها وهي مضمونة كما نعلم بامتياز المؤجر وهـي فـــي العادة تدفع على شكل اقساط يتفق عليها . أما الثمن الذى يدفعه المتنازل لـــه للمستأجر فمبلغ يتفق عليه فيما بينهما ،ويجوز أن يكون اقل من الاجرة او اكثر منها او معادلا لها . وهو في الغالب يدفع جملة لا اقساطا ،وهو مضمون بامتيـاز البائع لا بامتياز المؤجر . ومن هنا فان المتنازل له يلتزم بامرين .

اولهما ثمن التنازل الذى يدفعه للمستاجر الاصلي (المتنازل) جملة واحدة علـــى الاغلب وثانيهما الاجـرة التي يدفعها للمؤجر على شكل اقساط .(١) وعلى هذا الاساس فالعلاقة التي تقوم بين المستاجر والمتنازل له هي علاقة حوالـــــة وليست علاقة ايجار ،فلا يعتبر المستاجر مؤجرا للمتنازل له ،ولايلتزم نحـوه بالتزامات المؤجر ولا تكون له حقوق المؤجر قبله (٢) .

---

(١) والى ذلك أشارت المادة (٧٧٧) مدني عراقي بقولها ((في حالة التنازل عـــن الايجا ريحل المتنازل اليه محل المستاجر في جميع الحقوق والالتزامات الناشئة عـن عقد الايجار ومع ذلك يبقى المستاجر ضامنا للمتنازل اليه في تنفيــــذ التزاماته)) .

(٢) د. تناغو ـ ص ٢٧٨ ،د. السنهوري ـ ص ٦٩٧ .

(٣) د. عبد الفتاح عبد الباقي ـ فق ٢٧٣ ـ ٤٢٧ .

ب ـ علاقة المستاجر المتنازل بالمؤجر :ـ

ستختفي هنا العلاقة بين المؤجر والمستاجر الاصلي (المتنازل)وتحل محلهـــا علاقة مباشرةبين المؤجر والتنازل اليه · ولكن المستأجر (المتنازل) سيبقى وبحكم القانون ضامنا لوفاء المتنازل اليه بالتزاماته(١) وعندئذ سيكون للمؤجر مدينـــا هو المتنازل اليـه وضامنا هو المستاجر المتنازل ·

وهناك اراء مختلفة في هذا لشان يذهب بعضها الى اعتبار المستاجر (المتنازل) مدينا وعندها سيصبح للمؤجر مدينان ،بينما يذهب بعض الفقهاء الى اعتبـــار المستاجر (المتنازل) كفيلا للمتنازل اليه (٢) وتبرأ ذمة المستاجر الاصلي مـــن هذا الضمان عند صدور قبول صريح بالتنازل عن الايجار ،وقد يكون هـــــذا القبول ضمنيا ،كما لو استوفى المؤجر الاجرة مباشرة من المتنازل لـــــه دون ان يبدى اى تحفظ في شأن حقوقه قبل المستاجر الاصلي(٣) وان يطالب المؤجـر بتنفيذ اي التزام اخر غير الاجرة ،كعمل الترميمات التاجيرية او دفع تعويضـــ عن تلف اصاب العين او غير ذلك دون ان يحتفظ بشأن حقوقه قبل المستأجر الاصلي ·ولاشك بأن القبول المقصود هنا هو القبول اللاحق على التنازل عـــن الايجار (٤) ·

ج ـ العلاقة بين المؤجر والمتنازل اليه :ـ

ستنشأ هنا علاقة مباشرة بين المؤجر والمتنازل له ،حيث سيحل المتنازل لـــه محل المستاجر الاصلي في نفس العقد بشروطه واوصافه ،فيستطيع المؤجر مطالبة المتنازل له بالوفاء بكافة الالتزامات التي رسمها العقد · ولا شك بأن السبب فيذلك كما اسلفنا هو أحكام حوالة الحق وحوالة الدين التي تنظم العلاقة بين المؤجـــر والمتنازل لـــــه ·

---

(١) المادة (٧٧٧) مدني عراقي ·
(٢) للمزيد من التفاصيل انظر في ذلك :ـ
د· سليمان مرقس ـ فق ٢٥٥ ص ٤٦٤ ،د· السنهوري ـ الوسيط ـ جـ٦ ـ ص ٧١٨ د· عبد الفتاح عبد الباقي ـ فق ٢٧٤ ص ٤٢٩ ·
(٣) المادة ٧٧٨ مدني عراقي ·
(٤) د· تناغو ـ ص ٢٨٣ ، د· العامري ص ٣٠١ ·

الفصل الرابع

انتهاء عقد الايجار

ان الطريق الطبيعي لانتهاء عقد الايجار هو بانقضاء مدته المتفق عليها بين المتعاقدين ، وهذا ما سندرسه في المبحث الاول من هذا الفصل . الا ان الايجار قد ينتهي قبل انقضاء مدته بسبب وضع احد المتعاقدين كما هو الحال عند وفاة المستاجر او اعساره او في الحالات التي تحدث فيها ظروف من شانها ان تجعل تنفيذ الايجار مرهقا بالنسبة للمؤجر او المستاجر على حد سواء ،او تغيير محل اقامة المستاجر اذا كان موظفا . ان هذه التفاصيل سيكون محلها المبحث الثاني من هذا الفصل . أما المبحث الثالث فسيكون لدراسة انتهاء الايجار بسبب حالة المأجور وخصوصا ما يترتب على انتقال ملكية المأجور من اثار في القانون المدني وقانون ايجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ .وضمن المبحث الرابع من هذا الفصل ستكون لنا مناقشة مستفيضة لاسباب التخلية في قانون ايجار العقار ، حيث وردت هذه الاسباب على سبيل الحصر ،ولايجوز طلب تخلية المأجور الخاضع لاحكامها الا بتوفر أحد هذه الاسباب .

انتهاء الايجار بانقضاء مدته

ينقضي عقد الايجار بانتهاء المدة المتفق عليها دون الحاجة الى تنبيه (١)، على الرغم من فائدة هذا التنبيه من الناحية العملية ،لانه يعبر عن ارادة المؤجر في عدم الرغبة في تجديد عقد الايجار .وعلى هذا الاساس لابد أن يخلي المستاجر المأجور عند حلول الاجل المتفق عليه ،وبعكس ذلك يعتبر غاصبا ،ويستطيع المؤجر مطالبته باجر المثل بالاضافة الى كافة التعويضات الاخرى .

ولكن المستاجر قد يشترط على المؤجر ضرورة تنبيهه قبل مدة معينة لكي يتدبر أمره في استئجار عقار اخر ،وبعكس ذلك فان العقد سيمتد الى مدة اخرى محددة او غير محددة ،واذا كانت المدة غير محددة تسرى عليها احكام المادة (٧٤١) من القانون المدني العراقي (٢) .

---

(١) ، (٢) م (٧٧٩) مدني عراقي .

والتنبيه بالاخلاء عمل ارادى من جانب واحد ،وهو لذلك ينتج اثـــره دون اشتراط موافقة الطرف الاخر عليه ،كذلك لا يشترط فيه شكلا معينا فيصـــح او رسالة مسجلة او غير مسجلة ،كما يصـــح توجيهه بواسطة الكاتب العدل ان يكون شفويا ، ولكن يفضل ان يكون التنبيه بواسطة الكاتب العدل تسهيـــلا لاثبات حصوله ٠

ولكن المستأجر قد يبقى في المأجور على الرغم من انتهاء مدة عقد الايجار بعلم المؤجر ورضاه ودون اعتراض منه (١) ٠حيث يعتبر الايجارهنا قدتجدد بشروطه الاولى ولكن لمدة غير محددة ،وتسرى على الايجار اذا تجدد على هذا الوجـــه احكام المادة (٧٤١) مدني عراقي ٠ ويعتبر هذا التجديد الضمني ايجارا جديـــدا لا مجرد امتداد للايجار الاصلي ٠ ومع ذلك تنتقل الى الايجار الجديد التأمينات العينية التي كانت للايجار القديم ٠اما الكفالة شخصية كانت أم عينية ،فـــلا تنتقل الى الايجار الجديد الا اذا رضى الكفيل بذلك (٢) ٠

وعلى هذا الاساس نستطيع ان نجعل الفروق بين الامتداد الاتفاقي لعقـــد الايجار وبين التجديد الضمني بالنقاط الموجزة التالية :ــ

١ ــ التجدد الضمني يتم باتفاق ضمني لابد من صحتـــه مـــن توافر اهليـــة التأجير والاستئجار في كل من طرفيه وقت التجديد ٠ فاذا كان كل منهمـــا أهلا لذلك وقت ابرام العقد الاول ،ثم اصبح احدهما ناقص الاهلية وقـــت التجديد ،فلا يتم التجديد الا بمراعاة قواعد الولاية على المال، اى بموافقـــة القيم او الوصي او الولي في حدود سلطة اى منهم ٠امـــا امتداد الايجـــار فـــلا نشترط فيه أهلية المتعاقد وقت حدوثه ،فاذا كان أهلا للتعاقد وقت ابـــرام العقد اولا ، فـــلا اثـــر لنقص أهليته بعد ذلك على امتداد الايجار ٠

(١) وقد يسبق ذلك تنبيه المؤجر للمستاجر بعدم رغبته في تجديد عقد الايجـــار الا في حالة زيادة الاجرة مثلا وسكوت المستاجر وبقائه على الرغم مـــن هـــذا التنبيه والعكس قد يكون صحيحا حينما ينبه المستأجر المؤجر بعدم رغبتـــه في البقاء في المأجور عند انتهاءمدة العقد الا اذا خفض المؤجر بدل الايجـــار المتفق عليه وسكت المؤجر مما يدل على رضاه على هذا التعديل ٠

(٢) المادة (٧٨٠) من القانون المدني العراقي ٠

٢ ـ في التجديد الضمني اذا كان عقد الايجار السابق ثابتا بسند رسمي يجوز التنفيذ بمقتضاه ،فان الايجر الجديد لايعتبر كذلك ،ولابد من الحصول على حكم للتنفيذ بمقتضاه .أما في امتداد الايجار فانه اذا كان عقد الايجار الاصلي ثابتا بسند رسمي ،جاز التنفيذ به بعد الامتداد لان الايجار الاصلي والامتداد عقد واحد فالسند الرسمي يشملهما جميعا .

٣ ـ لايعتبر الايجار الجديد في حالة التجديد الضمني ثابت التاريخ لمجرد ثبوت تاريخ الايجار القديم بخلاف حالة امتداد الايجار اذ يعتبر الايجار الممتد ثابت التاريخ مادام الايجار الاصلي كذلك .لان العقد واحد بالنسبة الى المدين .

٤ ـ الكفالة شخصية كانت او عينية لاتنتقل الى الايجار الجديد الابرضاء الكفيل، ولكنها تستمر قائمة في حالة امتداد الايجار .

٥ ـ اذا تعدد المستاجرون فان التجديد لايتم بالنسبة لهم جميعا الا اذا اتجهت ارادتهم جميعا الى ذلك .ويترتب على ذلك ان التجديد قد يسرى بالنسبة لبعضهم دون البعض الاخر .وهذا على خلاف الامتداد حيث يستمر العقد بالنسبة للجميع (١) .

وهناك نوع اخر من امتداد يطلق عليه الامتداد القانوني لعقد الايجار ،يستبقي فيه القانون رابطة الايجار بعد انتهاء مدة العقد وحق المستاجر هنا في البقاء في المأجور لايستمد من العقد وانما من نص القانون .

وقد أشارت المادة الثالثة من قانون ايجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ الى هذا الموضوع بقولها :

((يمتد عقد الايجار بحكم القانون بعد انتهاء مدته ما دام المستاجر شاغلا العقار ومستمرا على دفع الاجرة طبقا لاحكام هذا القانون)) .

وكنا نفضل لوان المشرع استبدل عبارة ((ومستمرا على دفع الاجرة)) بعبارة ((ومستمرا على الوفاء بالتزاماته)) لان التزامات المستاجر لا تقتصر على

---

(١) د. تناغو ص ـ٣٠١ ،د. السنهوري ـ فق ٥٣٢ ص ٧٩٧ ،د. العامري ص ٣٠٨ .

دفع الاجرة فقط بل ان دفع الاجـرة يعتبر واحدا من التزامات عديدة يجـــب على المستاجر الوفاء بها ٠

ويعتبر هذا النص من النظام العام ،حيث لايجوز الاتفاق على خلافه ،كذلــك فان هذا النوع من الامتداد يسرى طبعا على تلك العقارات الخاضعة لاحكـــام قانون ايجار العقار وهو ملزم للمؤجر دون المستاجر بخلاف الامتداد الاتفاقـــي الذى تحدثنا عنه الذى يلزم المؤجر والمستأجر على حد سواء (١) ٠

المبحـــث الثاني

انتهـــاء الايجار بسبب وضــع احـــد المتعاقديـــــن

سنبحث هنا بايجاز شديد الحالات التي تؤدى الى انتهاء الايجار بسبب وضع أحـد المتعاقدين من ذلك مثلا موت أحد المتعاقدين الذى عالجتـه المـــادة (٧٨٣) مدني عراقي :ـ

((١ ـ لاينتهي الايجار بموت المؤجر ولا بموت المستأجر ٠

٢ ـ ومع ذلك اذا مات المستاجر جاز لورثته ان يطالبوا فسخ العقد اذا اثبتوا انه بسبب موت مورثهم اصبحت اعباء العقد أثقل من ان تتحملها مواردهـم او اصبح الايجار مجاوزا لحدود حاجتهم ٠وفي هذه الحالة يجب ان تراعى مواعيد التنبيه بالاخلاء في المادة (٧٤١) وان يكون طلب الفسخ في مدة ستة أشهـــر على الاكثر من وقت موت المستأجر)) ٠

ويبدو لنا من نص المادة اعلاه أن الاصل عدم انتهاء الايجار بموت المستاجـــر حيث ينتقل هذا الحق الى ورثته ،ولكن وفاة المستاجر قد يضع الورثة في مـأزق مادى يتمثل في عدم تمكنهم من الوفاء بالتزاماتهم المادية تجاه المؤجر خصوصـــا اذا كان المستأجر (المورث) صاحب مورد مادى انتهى بوفاته ،مما دفع المشـــرع السماح لهم بالمطالبة بفسخ لعقد الايجار ٠وكذلك فان مركز المستاجر الاجتماعي

---

(١) د٠ العامرى ـ ص ٣١١ ، ٣١٢ ٠

قد يتطلب وجوده في مأجور بمواصفات معينة وفي منطقة عمرانية ،لذلك فـــان وفاته تنتهي معها الاسباب التي تكمن وراء استئجار مثل هذا لعقار مما يخــول الورثةطلب فسخ العقد والعيش في مأجور مناسب يفي بحاجاتهم المالوفة او ربمـا العودة الى مسكن كان المورث يملكه ولكن بمواصفات وموقع لا ينسجم مع مركــزه الاجتماعي او الوظيفي .

وحتى ينظم المشرع هذه الحالة من حالات انتهاء الايجار وضع الشروط التـي تحقق مصلحة طرفي العلاقة التعاقدية ،حيث لابد من تقديم طلب الفسخ خــلال مدة ستة اشهر على الاكثر من وقت موت المستاجر ،حتى لايبقى الوضع قلقا بين المؤجر والمستاجر ،كذلك اوجب المشرع على ورثة المستاجر ان ينبهوا المؤجــر برغبتهم في اخلاء المأجور مراعين المواعيد المنصوص عليها في المادة (٧٤١) مـــن القانون المدني العراقي التي سبقت الاشارة اليها .

وقد يبرم عقد الايجار بسبب حرفة المستاجر او لاعتبارات تتعلق بشخصـــه فاذا مات المستأجر جاز لورثته او للمؤجر ان يطلبوا فسخ العقد (م ٧٨٤ مدنـــي عراقي) .ويرى جمهور الشراح ان حق طلب الانهــاء بسبب موت المستأجـــــر دون المؤجر بحجة ان الحكمة من تقرير الانهاء في هذه الحالة لا تتوافر الا بالنسبة لصيب المؤجر اذا اراد الورثة ابقاء العقد (١).

ولكننا نرى ان المادة واضحة ولا داعي لتحميلها اكثر مما تحتمل فهـي تعطـي الحق للورثة أو للمؤجر في طلب الفسخ .أمـا حالة مـا اذا كان احـد الورثـــة يمارس نفس مهنة المورث (المستأجر) فاننا نعتقد بـــان للمؤجر حتـى في هـذه الحالة الحق في طلب فسخ عقد الايجار لانه ممارسة نفس الحرفة قد لايكون كافيا بدون الاعتبارات الشخصية الاخـرى التي أخذها المؤجر بنظر الاعتبار ،فقـــد يكون المستأجر طبيبا مشهورا وبتخصص معين مطلوب في المنطقة التي يقع فيها المأجور اوصيدليا بارعا ويستفيد منه المؤجر الذى كان طبيبا في نفس العمارة ،فلا يعني كون احـــد الورثة طبيباً اوصيدليا ان كافة الاعتبارات المتوفرة في المستاجر المتوفي قد توفرت في احـد ابنائه وان حصل ذلك فهو ربما من باب النادر .

(١) لمزيد من التفاصيل راجع :ـ د. شنب المصدر السابق ص ٢٩١ ،د. العامرى ص ٣٢٢ ،د. الصراف ص ٤٢٥ .

امـا بالنسبة لابرام عقد الايجار بسبب الاعتبارات الشخصية الاخـرى فيقصد بها صفات المستأجر من حيث الامانة والاخلاق العالية واليسار ٠٠الخ ٠ وتقديـر ذلك يعتبر مسألة موضوعية يفصل فيها القاضي مستهديا بشروط العقد وظروفه٠
ومن الملاحظ بأن طلب انهاء الايجار في هاتين الحالتين لايشترط فيه طلـب الانهاء خلال ستة اشهر من تأريخ حصول الوفاة (م ٧٨٣ مدني عراقي) ،ولا اتباع مواعيد التنبيه المشار اليه في المادة (٧٤١) مدني عراقي ٠

والحالة الاخرى اعسار المستاجر التي ألتي لايترتب عليها ان تحل الاجـرة التي لـم تستحق بعد ٠ ولكن المشرع من ناحية اخرى حاول حماية المؤجر فأباح لـه حق مطالبة المستأجر بتامينات مناسبة تكفل له الوفاء بالاجرة التي لـم تستحق بعد ٠ فاذ لم يقدم المستاجر هذه التامينات يعود الحق للمؤجر في طلـب انهاء حق الايجار ٠والقاضي هو الذى يقدر الوقت المناسب لتقديم التامينـات ومدى كفايتها اذا كانت هذه التامينات رهنا او كفالة ٠

هذا وقد اجازت الفقرة الثانية من المادة (٧٨٥ مدني عراقي) للمستاجر الذى لـم يرخص له الايجار من الباطن او التنازل عن الايجار (بسبب وجود الشرط المانع الذى أشرنا اليه) ،أن يطلب الفسخ على ان يدفع للمؤجر تعويضاً عادلا ٠ ووصف التعويض بأنه عادل يعني انه لايلزم ان يكون تعويضا كاملا يشمل مـا لحق المؤجر من خسارة وما فاته من كسب ،بل على القضاء أن يراعي اعسـار المستأجـر ٠

أمـا اذا جدت للمؤجر حاجة شخصية للماجور فلا حق له في طلب فسخ العقد ٠ ولكن هذا الامر ليس من النظام العام ،حيث لايوجد ما يمنع من ان يتفق الطرفين في عقد الايجار او في اتفاق لاحق على انه يجوز للمؤجر ان يفسخ العقد اذا وجدت له حاجة شخصية للماجور ٠ويعتبر مثل هذا الاتفاق صحيحا يجب العمل بـه، ويعتبر ذلك بمثابة تعليق الايجار على شرط فاسخ ٠فأذا اراد المؤجر اعمـال هذا الاتفاق ، وجب عليه ان ينبه المستاجر بالاخلاء في المواعيد المبينة في المـادة (٧٤١)مدني عراقي ،ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك ،فاذا كان متفقا علـى ان يكون الانهاء بمجرد ظهور الحاجة ، أو بعد مراعاة مواعيد محددة في العقد ،وجـب

طبيق هذا الاتفاق واستبعاد المواعيد المنصوص عليها قانونا واذا اختلـف المتعاقدان حول وجود الحاجة الشخصية للمؤجر من عدمها كان لقاضـي على ضوء النية المشتركة للطرفين (١) الموضوع أن يقرر ذلك ويبت في الموضوع

وقد أعطت المادة (٧٩٣) من القانون المدني العراقي الحق للموظف او المستخدم الذي يقتضي عمله تغيير موطنه ان يطلب فسخ ايجار مسكنه اذا كان الايجـار محدد المدة على أن يراعي مواعيد التنبيه في المادة (٧٤١) ·ولا يعتبر هذا الامـر من النظام العام حيث يجوز الاتفاق على خلاف ما ورد في المادة (٧٩٣) مدنـي عراقي · علما بأن القوانين كالمادة (٦٠٩)من القانون المدني المصري · قـد اعتبر ذلك من النظام العـام ويقع باطلا كل اتفاق خلاف ذلك (١)·

وقد ألغي قرار مجلس قيادة الثورة المرقم(٩١١)الصادر بتاريخ ١٩٧٦/٨/١٩ عنوان ((مستخدم)) ومنع تعيين اى عراقي في الخدمة المدنية الا بصفة موظـف او عامل (٢) · ثـم صدر قرار مجلس قيادة الثورة المرقم (١٥٠) بتاريـخ ١٩٨٧/٣/١٩ والذي اعتبر كافة العمال في دوائر الدولة والقطاع الاشتراكـي موظفين · وظل قانون العمل الجديد رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ ساريا على عمـال القطاع الخاص والمختلط والعاملين في القطاع التعاوني (٣) ·

---

(١) د· شنب ــ ص ٢٩٥ ،د· العامري ــ ص ٣١٩ ·

(١) نصت المادة (٦٠٩) من القانون المدني المصرى على ما يلي ((يجوز للموظـف او المستخدم اذا اقتضى عمله ان يغير محل اقامته وأن يطلب انهاء ايجـار مسكنه اذا كان هذا الايجار معين المدة على ان يراعي المواعيد المبينة فـي المادة (٥٦٣) ويقع باطلا كل اتفاق على غير ذلك)) ·ويأتي هذا النص فـي تقديرنا افضل من نص المادة (٧٩٣) مدني عراقي التي استخدمت الحـرف (او) في غير محله مما ادى الى مزيد من النقد من قبل الفقهاء لنص هذه المـادة أنظر في ذلك :ـد· عباس الصراف ــ ص ٤٣٢ ،د· العامرى ــ ص ٣٢٥ ·

(٢) القرار منشور في الجريدة الرسمية (الوقائع العراقية) ــ العـدد (٢٥٤٧) في ١٩٧٦/٩/٦ ·

(٣)القرار منشور في جريدة الوقائع العراقية ــ العدد (٣١٤٣) في ١٩٨٧/٣/٣ · لمزيد من التفاصيل راجع :ـد· سهيل حسين الفتلاوي الجوانب القانونيـة لقرار تحويل العمال الى موظفين ــ مجلة القانون المقارن العدد ــ العشرون ــ السنة ــ الثالثة عشر ــ ١٩٨٧ ــ ص ٩٣ ·

والملاحظ ان نص المادة (٧٩٣) مدني عراقي لم يشر الى العمال ، الا ان الراجح شموله لطائفة العمال نظرا لاتحاد العلة التي دفعت المشرع الى وضع هـــذا الحكم . وكنا نفضل لو ان المشرع العراقي ذكر هذه الطائفة الكبيرة بشــكل صريح دفعا للاجتهاد والتفسير او اللجوء الى استبدال التعداد الوارد فيها بكلمة واحدة وهي (العاملون) كما أشارت الى ذلك المادة (١) من قانون ايجــار العقار النافذ التي سبقت الاشارة اليها فيما تقدم . وكذلك نفضل الاشارة الى العاملين لدى الدولة او الاشخاص المعنوية العامة او القطاع الخاص او المختلط او التعاوني للحد من التفسيرات والتأويلات الفقهية والقضائية .

تبقى لدينا بعد ذلك حالة فسخ الايجار لطروء ظروف غير متوقعة ترهــق أحد المتعاقدين ،وهو ما أشارت اليه المادة (٧٩٢) مدني عراقي بقولها :ـ

((١ ـ اذا كان الايجار محدد المدة جاز لكل من المتعاقدين ان يطلب فسخ العقد قبل انقضاء مدته اذا حدثت ظروف من شأنها ان تجعل تنفيذ الايجار مــن مبدأ الامر او في أثناء سريانه مرهقا ،على ان يراعي من يطلب فسخ مواعيــد التنبيه بالاخلاء المبينة بالمادة (٧٤١) وعلى ان يعوض الطرف الاخر تعويضا عادلا

٢ ـ فاذا كان المؤجر هو الذى يطلب الفسخ ، فلا يجبر المستأجر علــى رد المأجور حتى يستوفي التعويض او حتى يحصل على تأمين كاف)) .

ويشترط هنا كما هو واضح في النص أن يكون الايجار محدد المـــدة وان تحدث ظروف من شأنها تجعل التنفيذ مرهقا سواء كان ذلك من بدايــة تنفيذ العقد او أثناء سريانه ،سواء أختص بها المؤجر او المستأجر ولا يشترط ان تكون هذه الظروف خطيرة وغير متوقعة كما أشارت الى ذلــك المادة (٦٠٨) مدني مصرى . كذلك لا يشترط ان تكون هذه الظروف عامة بل يحق ان تكــون خاصة بشخص المؤجر او المستاجر كما لو أستأجر شخص مكانا لمزاولة حرفـــة أو مهنة معينة ،ثم أقعده المرض عن ذلك او استأجر شخص مسكنا لقضاء أجازته السنوية ثـم الغيت هذه الاجازة . وقد يكون الظرف خاصا بالمؤجر ،كمااذا اجر شخص منزلا لم يشرع في بنائه ،ثم ساءت حالته المادية فجاة فلم يستطع البدء في

البناء أو لـم يستطيع اتمامه كما لو لحقه دين فادح لايجد قضاءه الا مـــن ثـمن العين المؤجرة فباعها وسلمها الى المشترى خالية ·وتقدير هذه الظروف واثرهـا من حيث ارهاق المؤجر او المستأجر مسألة موضوعية يفصل فيها القضاء علـــى ضوء ظروف الحال · وكذلك يشترط ان تكون هذه الظروف غير متوقعة اى يجب ان لايكون لطالب الانهاء يد في تحقق الظروف والا كان متوقعا ، فاذا استاجــــر شخص مكانا لمزاولة مهنه حرة كالمحاماة ثـم عين موظفا لـدى الدوله او فـــ احدى الشركات بناء على طلبه ،فلا يجوز به طلب انهاء الايجار ·(١)

ولكي يطبق الانهاء في جانب مطالبة لابد من التنبيه بالاخلاء في المواعيد المنصوص عليها في المادة (٧٤١) والتعويض بشكل عادل · واذا كان المؤجر هـو الذى طلب انهاء العقد ثبت للمستأجر الحق في حبس العين فلا يجبر على ردها حتـــى يستوفي التعويض او يحصل من المؤجر على تامين كـاف للوفاء بهذا التعويض·

واذا كان جانب من الفقه يذهب الى ان هذه الحالة تعد تطبيقا تشريعيا خاصا لنظرية الظروف الطارئة (٢) فاننا نقف مع من يذهب الى ان هذا المبدأ اى ((مبدأ انتهاء الايجار للعذر)) يعد مبدأ خاصا وبشروط خاصة تختلف عن نظريــــة الظروف الطارئة وشروطها وليس ادل على ذلك من ايراد الفروقات الواضحـة بين الاثنين والتي تعد أختلافات اساسيه لايجوز معها النظر الى هـذا الموضوع على انه تطبيق تشريعي لنظرية الظروف الطارئة (١) ·

---

(١) د· شنب ـ ص ٢٩٨ ·

(٢) د· السنهوري ـ ص ٨٥٥ ،د· العامري ـ ص ٣١٨ ·

(١) ان من اهم ما يختلف فيه العذر عن الظروف الطارىء ما يلي (١) لا يشترط في العذر ان يكون عاما ·(٢) العذر يعطي الحق في انهاء الايجار أمـــا الظروف الطارئة فتقتصر على رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول والتاكيد علـــــى ضرورة تنفيذ العقد ·

المبحث الثالث

انتهاء الايجار بسبب انتقال ملكية المأجور

سيتضمن هذا المبحث دراسة انتهاء الايجار بسبب انتقال ملكية المأجور في القانون المدني العراقي وقانون ايجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ وذلك في المطلبين التاليين :ـ

المطلب الاول

انتقال ملكية المأجور في ضوء احكام القانون المدني

قد تنتقل ملكية المأجور الى المستاجر فتجتمع في شخص واحد صفة المؤجر والمستاجر مما يؤدى الى انقضاء الالتزام بأتحاد الذمة ،سواء أكان الايجار ثابت التاريخ أم لا ٠٠٠ ولكن ملكية المأجور قد تنتقل الى غير المستاجر ولا بد ان نفرق هنا بين أيجار ثابت التاريخ واخر غير ثابت التاريخ قبل انتقال الملكية ٠ فاذا كان العقد غير ثابت التاريخ كان للمؤجر ان اذا ما راى بأن مصلحته تقتضي ذلك ، كأن يرى متلقي الملكية ان الايجار بشروطه التي يتضمنها صفقة رابحة وانه لن يجد مستاجرا أخر بشروط افضل ، فيتمسك بالايجار ٠كذلك قد تكون المدة الباقية لانتهاء الايجار اقل من مدة التنبيه بالاخلاء الذى يتعين على متلقي الملكية توجيهه للمستاجر اذا ما أراد اخلاء العين ، فيفضل أن يتمسك بالايجار لانه ينتهي في مدة أقل من المدة التي يخلي فيها العين لو انه تمسك بعدم نفاذ الايجار (١) ٠

ولكن عقد الايجار قد يكون له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذى ترتب عليه انتقال الملكية ،وعندها سيكون مثل هذا العقد نافذا في حق المالك الجديد(٢)

---

(١) د٠ السنهوري ــ الوسيط جـ٦ ــ المصدر السابق ــ ص ٨٤٥ ٠

(٢) المادة (٧٨٦) مدني عراقي ٠وفي مصر لا يكفي ثبوت التاريخ لوحده اذا كانت مدة ايجار العقار تزيد على تسع سنوات بل لابد من تسجيل عقد الايجار قبل

وثبات هذا التاريخ قد يكون في سند رسمي يثبت فيه موظف عام او شخص مكلف بخدمة عامة طبقا للاوضاع القانونية وفي حدود اختصاصه ما تم على يديه او ما ادلى به ذوو الشأن في حضوره (٣) ۰اما اذا كان السند عاديا (٤) فانه لا يكون ثابت التاريخ الا اذا ثبت باحد الصور التي ادرجتها لنا المادة (٢٦/ اولا) من قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ التي تقول :ـ

((لا يكون السند العادى حجة على الغير في تاريخه الا منذ ان يكون له تاريخ ثابت ، قد يكون تاريخ السند ثابتا في احدى الحالات التالية :ـ

أ ـ من يوم ان يصدق عليه الكاتب العدل ۰

ب ـ من يوم ان يثبت مضمونه في ورقة اخرى ثابتة التاريخ ۰

ج ـ من يوم ان يؤشر عليه قاض او موظف عام مختص ۰

د ـ من وفاة احد ممن لهم على السند اثر معترف به من خط او امضاء، او بصمة ابهام او من يوم ان يصبح مستحيلا على احد من هؤلاء ان يكتب او يبصم لعلة في جسمه وبوجه عام من يوم وقوع اى حادث اخر يكون قاطعا في ان السند قد صدر قبل وقوعه)) ۰

ولا شك بان نفاذ عقد الايجار في مواجهة المالك الجديد يعني حلول هذا المالك محل المالك القديم فيما له من حقوق وما عليه من التزامات وتصبح عندئذ العلاقة مباشرة بين هذا المالك والمستأ ،حيث يجب على الاخير ان يفي بكافة الالتزامات التعاقدية مع المالك الجديد ۰ ونفس الشيء يقال حينما يحترم المالك الجديد عقد الايجار على الرغم من عدم نفاذه بحقه للاسباب التي ذكرناها ۰

تسجيل التصرف الناقل للملكية وفقا للمادة (١١) من قانون الشهر العقارى، فاذا لم يسجل لم ينصرف اثر الايجار للمالك الجديد الذى سجل عقده الا لمدة تسع سنوات فقط بشرط ان يكون الايجار ثابت التاريخ وسابقا على التصرف الناقل للملكية ۰

(٣) المادة (٢١/فق ١) من قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ ۰

(٤) يعتبر السند العادى صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هومنسوب اليه من خط أو امضاء او بصمة ابهام (م ٢٥/اولا) من قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ ۰

ولا يجوز لمن انتقلت اليه ملكية المأجور ولم يكن الايجار نافذا في حقه ان يجبر المستأجر على الاخلاء الا بعد التنبيه عليه بذلك في المواعيد المبينة في المادة (٧٤١) او حتى انقضاء الايجار بمضي مدته اى المدتين اقرب ٠واذا نبه المالك الجديد المستأجر بالاخلاء قبل انقضاء الايجار فان المؤجر يكون ملزما بتعويض المستأجر ما لم يتفق على غير ذلك ٠ ولا يجبر المستأجر على الاخلاء الا بعد ان يتقاضى التعويض من المؤجر او من المالك الجديد نيابة عن المؤجر او الا بعد ان يحصل على تأمين كاف للوفاء بهذا التعويض ٠ وللمستأجر الحق في حبس المأجور حتى يستوفي التعويض المشار اليه (١) ٠

وقد أشارت الفقرة الثانية من المادة (٧٨٨) مدني عراقي الى عدم جواز تمسك المستأجر بما عجله من الاجرة على من انتقلت اليه الملكية اذا اثبت هذا انالمستاجر كان يعلم وقت الدفع بانتقال الملكية او كان يستطيع ان يعلم بذلك ٠فاذا عجز من انتقلت اليه الملكية عن الاثبات فلا يكون له الا الرجوع على المؤجر ٠

المطلب الثاني

انتقال ملكية المأجور في ضوء احكام قانون ايجار العقار

نصت المادة الرابعة عشرة من قانون ايجار العقار على ما يلي :-

((١ - يحل المالك الجديد للعقار محل سلفه المؤجر في الحقوق والالتزامات المقررة بموجب هذا القانون ٠

٢ - على المالك الجديد ان يخطر المستأجر بواسطة الكاتب العدل بانتقال ملكية العقار اليه خلال ثلاثين يوما تبدأ من اليوم التالي لتاريخ تسجيله باسمه ويرفق بالاخطار وثيقة صادرة من دائرة التسجيل العقارى تؤيد ذلك وعليه

(١) المادة (٧٨٧) مدني عراقي -
د٠ سعدون العامرى - ص ٣١٤ ٠

ايضا مراجعة دائرة ضريبة العقار لتأشير انتقال الملكية خلال ثلاثين يومـــا تبدأ من اليوم التالي لتاريخ تبليغ المستأجر)) .

يبدو من نص المادة اعلاه ان انتقال الملكية فيها يكون انتقالا رضائيا .ان انتقال الملكية هنا قد يتم بواسطة الشراء او الهبة او الارث او الوصية او الاستملاك (١) . وانتقال الملكية لا يتم الا بعد تسجيل العقار في دائرة التسجيل العقاري باســم المالك الجديد لان العقد لا ينعقد الا باستيفاء هذا الاجراء (٢)

والملاحظ على نص المادة (١٤) انها تقرر حلول المالك الجديد للعقار محـــل سلفه وسريان العقد بحقه حتى ولو لم يكن بيد المستاجر سند ايجار ثابت التاريخ سابق للتصرف الناقل للملكية ،كما اشارت الى ذلك المادة (٧٨٦/فق ١) مــــن القانون المدني العراقي . وكنـــا نتمنى لـو ان هـــذه المـــادة وضعــــت مثل هذا الشرط للمحافظة على الاستقرار في التعامل ودفع الاشخاص الى تنظيم علاقاتهم التعاقدية بشكل موثق حسما للنزاعات التي قد تحصل في هـذا الميدان الهام .

ولا شك بأن سريان الايجار بحق المالك الجديد يصح اثناء سريان المدة المتفـق عليها بين المالك القديم (المؤجر) والمستاجر او بعد انقضاء هذه المدة وامتـــداد الايجار بحكم القانون وفقا للمادة الثالثة من قانون أيجار العقار .

وحتى تبدأ العلاقة بين المالك الجديد والمستاجر ويعرف كل منها ما عليـــه من حقوق والتزامات لابد من الوفاء بها تجنبا للكثير من الاثار القانونية ،الزمت الفقرة الثانية من المادة (١٤) المالك الجديد القيام بتبيه المستاجر بانتقال الملكية، واعتبرت ذلك أحد الواجبات التي لابد للمالك الجديد القيام بها . وحصر المشرع هذا التنبيه بدائرة الكاتب العدل فقط .وكذلك لايجوز تنبيه المستاجر بايـــة طريقة أخرى كالرسالة المسجلة او غير المسجلة او الرسول او التنبيـــه الشفوي .

---

(١) علما بان الاستملاك قد يكـون رضائيا وقد يكون قضائيا راجع : المـادة (٤) والمادة (٩) من قانون الاستملاك رقم (١٢) لسنة ١٩٨٠ وشرحه للسيد مصطفى مجيد ــ دار الحرية للطباعة ــ بغداد ــ ١٩٨١ ص (٥٤،٣٩) .

(٢) راجع المادة (٦٠٢،٥٠٨) من القانون المدني العراقي .

وحسنا فعل المشرع بأعتماد هذه الوسيلة للاخطار لكي يعطي هذا الموضوع مـــا يستحق من جدية اولا ولكي يحسم كافة النزاعات المحتملة بين طرفي العلاقـة التعاقدية ثانيا. وقد اعطى القانون للمالك الجديد مدة ثلاثين يوما تبدأ مـن اليوم التالي لتاريخ تسجيل العقار بأسمه على ان يرفق بهذا الاخطار وثيقـة صادرة من دائرة التسجيل العقاري تؤيد انتقال الملكية وهذه الوثيقة هـي صورة السجل العقاري التي لاتصدر عادة الا بعد استيفاء كافة الاجراءات القانونية المعروفة واذا كان على المؤجر ايداع نسخة من عقد الايجار لدى دائرة ضريبـة العقار خلال مدة لاتتجاوز الثلاثين يوما من تاريخ ابرام العقد، فان على المالـك الجديد مراجعة دائرة ضريبة العقار لتأشير انتقال الملكية لديها خـلال ثلاثين يوما ابتداء من اليوم التالي لتاريخ تبليغ المستأجر، وعندها ستصبح العلاقة كذلك مباشرة بين المالك الجديد وهذه الدائرة خصوصا فيما يتعلق بأستيفـاء او مراقبة العلاقة الايجاريـة .

هذا وقد عالج قرار مجلس قيادة الثورة المرقم (١٠٤٢) الصادر بتاريـخ ١٩٨٢/٨/١٧ (١) موضوع انتقال ملكية الدور المملوكة للدولة عن طريق الشراء، ولم يجز طلب تخليتها وبشرط توفر احد اسباب التخلية المنصوص عليها في المادة (١٧) من قانون ايجار العقار .

- وقد تنتقل الملكية من خلال البيع الجبري الذي يتولاه القضاء او الجهات الرسمية المختصة الاخرى . وفي مثل هذه الحالة لايجبر المالك او الشريك او المستأجـر لهذا العقار على تخليته اذا رغب في الاستمرار على شغله بصفة مستأجر وفـق أحكام هذا القانون (١) . ولم يشر النص كما نلاحظ الى المستأجر الذي قـد يكون شاغلا لهذا العقار بالفعل او الى من يسكن العقار بدون مقابل كان يكـون

---

(١) المنشور في الوقائع العراقية ــ العدد (٢٨٩٩٠) الصادر بتاريخ ١٩٨٢/٨/٣٠

(١) نصت الفقرة الاولى من المادة (١٥) من قانون ايجار العقار على ما يلـي :ــ ((١ ــ لا يجبر المالك او الشريك الذي يشغل العقار اذا بيع قضاء اوبواسطة ايةجهة مختصة اخرى على تخليته اذا رغب في الاستمرار على شغله بصفـة مستأجر وفق احكام هذا القانون)) .

المالك قد اسكنه مجاناً على سبيل التسامح او على سبيل الاعارة (م ٨٤٧ مدني عراقي) ونعتقد بأن ذلك يعد نقصا في هذه الفقرة خصوصا .

اذا ما قارنا الامر مع نص الفقرة الثالثة من المادة ذاتها التي تشير الى امكانية ان يكون الشاغل مستأجرا . كذلك فأن هذه الفقرة تستخدم عبارة ((اذا بيع قضاء او بواسطة اية جهة مختصة)) ونفضل أن تكون العبارة هذه بالشكل التالي : (اذا بيع من قبل جهة رسمية مختصة) .

وتقوم الجهة الرسمية المختصة القائمة على البيع بتبليغ الشاغل قبل خمسة عشر يوما على الاقل من تاريخ الاعلان عن البيع لابداء رغبته في شغل العقار .فاذا تخلف الشاغل عن ابداء رغبته في اشغال العقار بصفة مستأجر خلال تلك المدة فليس له ان يتمتع بهذا الحق ،ويجبر على تخلية العقار كمن يبيع العقار باختياره . وتبدأ مدة الخمسة عشر يوما من اليوم التالي لتاريخ التبليغ أما اليوم الاخير من الخمسة عشر يوما فيدخل في حسابها اما اذا صادف ذلك اليوم عطلة رسمية فلا يدخل في حسابها حيث يمدد الى اول يوم يليه من ايام العمل (١) .

وحينما يبدي الشاغل رغبته في البقاء وفقاً للاصول لابد ان نلاحظ صفة الشاغل . فقد يكون هذا الشاغل مالكا او شريكا . وعندها يحدد بدل الايجار في ضوء النسب القانونية التي حددتها المادة الرابعة من قانون ايجار العقار وحسب نوع العقار . ونفس الشيء يقال بالنسبة للشاغل الذي يسكن العقار على سبيل التسامح او العارية . أما اذا كان الشاغل مستاجرا فيصار الى تحديد الاجرة وفق أحكام قانون ايجار العقار ايضا، بمعنى ان تبقى الاجرة على حالها اذا كانت أقل من النسب الواردة في المادة الرابعة من هذا القانون ، حينما يكون تاريخ عقد الايجار سابقا لتاريخ نفاذ قانون ايجار العقار في ١/٧/١٩٧٩، وتخفض الى النسب القانونية اذا كانت تزيد عليها . (٢) أما اذا كان عقد الايجار مبرما بعد نفاذ قانون ايجار العقار فيصار الى اعتماد النسب التي قررها هذا القانون .

---

(١) المادة (٢٥) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.
(٢) الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون ايجار العقار .

المبحث الرابع

اسبـاب التخلية في قانون ايجار العقار رقـم ٨٧ لسـنة ١٩٧٩ المعـدل

حددت المادة (١٧) من قانون ايجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ الاسـباب التي يجوز للمؤجر الاستناد اليها لطلب تخلية المأجور . وقـد وردت هـذه الاسباب على سبيل الحصر لا المثال ،مما يعني عدم جواز اضافة اسباب جديدة للتخلية خلافا لما ورد في المادة المشار اليها، لاعتبار اسباب التخلية من النظـام العـام .

لذلك فان دعاوى التخلية سترد اذا لم تؤسس على احد الاسباب الواردة فـي المادة (١٧) . (١)

هذا وقد وضعت المادة (١٧) كما سنلاحظ قيدا لطلب التخلية في حالة عـدم دفع القسط المستحق ، صان به المشرع مصلحة المستأجر ومنعه في الوقت نفسـه من التمادي في الامتناع عن الدفع في الميعاد المعين . كما جعل القانون الايجـار من الباطن او التنازل عنه سببا للتخلية وان اذن به المؤجر ،ونص في الفقـرة (ط) على أن تحقق لضرورة الملجئة للمؤجر نفسه في السكن ،يجيز له طلب التخليـة، وأورد في الفقرة المذكورة أمثلة للضرورة الملجئة يصح القياس عليها . كمـا أوردت المادة (١٧) سببا جديدا للتخلية الكلية او الجزئية ،هي رغبة المالك فـي اضافة طوابق جديدة يقتضي الصعود أليها تخلية غرفة من الدار او دكان او جزء منه يستعمل سلما للصعود للطوابق العليا ،وهذا مبدأ يشجع على توسيع العمـران.

---

(١) انظر في ذلك ق قرار محكمة ايجار عقار الكرخ المرقم (٤١٣/ت/٨٩) فـي ١٩٨٩/٩/٢٥ وقرارها المرقم (٦٣٤/ت/٩٨٩) في ١٩٨٩/٩/٣٠ ـ (غيـر منشوريـن) .

قرار محكمة أستئناف منطقة بغداد وبصفتها التمييزية المرقم (٤٤٣/ حقوقية/ ١٩٧٩) في ١٩٧٩/٧/٣ المنشور في الوقائع العدلية ـ العدد الثالث ـ السنة الثانية ـ كانون الثاني ١٩٨٠ ـ ص ١٣

اما الاسباب الاخرى لطلب التخلية فقد اخذت بها القوانين السابقة واستمـــر العمل عليها (١) .

ومن الجدير بالملاحظة هنا ان كافة الاحكام الصادرة بالاستناد الى احـد أسبـاب التخلية يمكن الطعن فيها تمييزا لدى محكمة أستئناف المنطقة بصفتها التمييزية خلال عشرة أيام من اليوم التالي للنطق بالحكم اذا كانت المرافعة حضورية .اما في حالة صدور القرار بحق المستاجر غيابيا فلـه الاعتراض عليه امام المحكمـة التي أصدرت القرار خلال مدة لا تتجاوز العشرة أيام من اليوم التالي لتبليغـه، علما بأن دعاوى التخلية لاى سبب من الاسباب الواردة في المادة (١٧) او اىدعوى ناشئة عن تطبيق قانون أيجار العقار تعد من الدعاوى المستعجلة (م ٢٢ مـن قانون أيجار العقار) التي يجب ان تفصل فيها المحكمة بأسرع وقت ممكن (٢) .

وبناء على ما تقدم سنعالج اسباب التخلية تباعا وفق التسلسل الوارد في المادة (١٧) انفة الذكر .

المطلـب الاول

عـدم الوفـاء بقسط الايجـار المستحـق

اعتبرت الفقرة (أ) من المادة (١٧) ان عدم وفاء المستأجر بقسط الايجـــار المستحق لعقار خاضع لسريان قانون أيجار العقار يعد في طليعة الاسبات التــي تخول المؤجر حق مطالبة المستأجر بالتخلية ،خصوصا وان دفع الأجرة يعتبر مـن اهم التزامات المستأجر .وقد أوضحت لنا هذه الفقرة هذا الموضوع بقولها :

(اذا لم يدفع المستأجر قسط الايجار رغم مرور سبعة ايام على أستحقاقــه وانذار المؤجر له بعد انقضائها بواسطة الكاتب العدل بوجوب دفعه خـــلال ثمانية أيام من تاريخ تبليغه بالانذار وتكون مصاريف الانذار والايداع في هــذه

---

(١) المذكرة الايضاحية لقانون أيجار العقار .

(٢) (م ٢٠٤) مرافعات عراقي ،كاظم الشيخ جاسم ـ قواعد أيجار العقار ـ ص ٣٠٧ ،ص ٣٠٨ ،سعد خليل الراضي ـ ص ٦٧ .

الحالـــــة علـــــى المستأجـــر بعدهـــــا من هذه الحماية الا مرتين في السنـة الواحدة يجوز للمؤجر بعدها أن يطلب التخليـة اذا لم يدفع المستاجـر القسط المستحق خلال خمسة عشر يوما من تاريخ أستحقاقه) ٠(١)

ولتطبيق نص هذه الفقرة لابد من توفر الشروط التالية في

١- استحقاق قسط الايجار

الاصل في الاجرة انها لاتستحق الا بعد استيفاء المنفعة او التمكن من استيفائها، لان الاجرة تقابل المنفعة (م ٧٦٨ مدني عراقي) ،ولكن المادة العاشرة من قانـون ايجار العقار اشترطت دفع الاجرة سلفا وباقساط شهرية بالنسبـــة للعقارات الخاضعة لاحكام هذا القانون ،واذا كان المؤجر هو الدولة او الاشخاص المعنويـــة العامة ،فللمستاجر أن يدفع الاجرة شهريا او بقسط واحد أو اكثر ٠ أمـــــا التي تستاجرها الدولة او الاشخاص المعنوية العامة فتراعى بشأنها شروط دفـع الاجرة المنصوص عليها في عقد الايجار (١) ٠

هذا وقد وفرت الفقرتان الثانية والثالثة من المادة العاشرة من قانـــــون ايجار العقار عدة سبل للوفاء بالاجرة عند استحقاقها في حالة امتناع او عــــدم

---

(١) كانت الفقرة (أ) من المادة التاسعة من قانون تنظيم ايجار العقار رقـــم (٦٧) لسنة ١٩٧٣ (الملغى) تنص على أن عدم قيام المتأجر بدفع بـدل الايجـــار او القسط المستحق منه خلال خمسة عشر يوما من تاريخ أستحقاقه ،يعتبـر سببا من أسباب التخلية ٠ ولاشك بأن هذا النص كان منتقدا لانه يتشدد مـع المستاجر الى حد بعيد فمجرد عدم تسديده للاجرة المستحقه خلال خمسـة عشر يوما من تاريخ استحقاقها يكفي للحكم بالتخلية ٠ لمزيد من لتفاصيـل راجع : ـد٠ عصمت عبد المجيد بكر ـ أحكام تخلية المأجور ـدار الحريـة للطباعة ـ بغداد ١٩٨٨ ـ ص ١٨ ٠

(١) الفقرة الرابعة من المادة العاشرة من قانون أيجار العقار ٠

امتناع المؤجر عن أستلامها ،حيث يستطيع المستأجر دفع الاجرة وباسطة الكاتب العدل او ا حوالة المصرفية او البريدية (٢) .

٢- مرور سبعة ايام على استحقاق الاجرة .

ان استحقاق الاجرة لوحده لا يعد كافيا ،بل من مرور مدة سبعة أيام على استحقاقها . ويبدو واضحا ان المشرع حاول وضع صمام امان اخر لحماية المستأجر مستفيدا من النقد الموجه الى نص المادة التاسعة من القانون الملغى رقم (٦٧) لسنة ١٩٧٣ .

٣- توجيه انذار

ثم اضاف المشرع حماية اخرى للمستأجر تتجلى في ضرورة توجيه انذار اليه عن طريق الكاتب العدل حصرا يطلب فيه المؤجر تسديد البدل المستحق خلال ثمانية أيام من تاريخ تبليغه بالانذار . لذلك لايعتبر الانذار مستوفيا لشروطه القانونية اذا طالب المؤجر المستأجر بدفع بدل الايجار خلال سبعة أيام او ثلاثة أيام من تاريخ الانذار .(١) كذلك لا يجوز مطالبة المستأجر بتخلية المأجور مباشرة بانذار مسير له بواسطة الكاتب العدل ، ما لم يسبق ذلك انذار يتضمن المطالبة ،بدفع اقساط الايجار التي تأخر المستأجر عن دفعها في ضوء المدد المشار اليها في الفقرة (أ) من المادة (١٧) (٢) ولاشك بأن الانذار لايعد مستوفيا لشروطه

---

(٢) الا ان أيداع بدل الايجار لدى الكاتب العدل ناقصا، يعتبر سببا من أسباب التخلية . قرار محكمة إيجار عقار الكرخ المرقم (د/٤٨٤/ت/٩٨٨ في ١٩٨٨/٥/٢٩ وغير منشور) .وبعكس ذلك فان أيداع بدلات الايجار لدى الكاتب العدل قبل تبليغ المدعى عليه بالانذار المسير اليه من قبل المدعي يعني وفاء المستأجر بالتزامه بدفع الاجرة مما يفيد عدم توفر الشروط الواردة في الفقرة (أ) من المادة (١٧) من قانون أيجار العقار . قرار محكمة أيجار عقار الكرخ المرقم (٣١٨/ت/١٩٨٩) في ١٩٨٩/٥/٢٨ - (غير منشور) .

(١) قرار محكمة بداءة الكرخ المرقم (٧٣٦/ت/١٩٨٩ في ١٩٨٩/١١/١٥ (غير منشور)، قرار محكمة أيجار عقار الكرخ المرقم (٨١٩/ت/١٩٨٩ في ١٩٩٠/٢/١٧ (غير منشور) .

(٢) قرار محكمة ايجار عقار الكرخ المرقم ٣٢٤/ت/٩٨٩ في ٨٩/٦/٧ (غير منشور) .

القانونية ايضا اذا طالب المؤجر باكثر من الاجرة المتفق عليها قبل قانون ايجار العقار في ١٩٧٩/٧/١ ، لان ذلك يعد مخالفا لنص الفقرة من المادة الرابعة من القانون التي تنص على بقاء الاجرة على حالها دون زيادة (١) .

ويجب ان يكون الانذار واضحا يشتمل على اسم المستاجر الكامل الصحيح ومقدار قسط الايجار والشهر الذى يعود اليه هذا القسط وتسلسل الايجار والمدة التي يجب دفع القسط خلالها اعتبارا من تاريخ التبليغ بالانذار بما لا يخالف نصوص القانون .

٤ ـ عدم دفع الاجرة بعد الانذار .

وعلى هذا الاساس اذا قام المؤجر بالانتظار لمدة سبعة ايام من تاريخ استحقاق قسط الايجار ثم وجه انذار بواسطة الكاتب العدل بوجوب دفعه خلال ثمانية ايام من تاريخ التبليغ بالانذار ولم يقم المستاجر بوفاء الاجرة ،فان المؤجر يستطيع عندئذ اقامة دعوى التخلية وفقا للاصول (٢) .

غير ان الحماية التي اعطاها المشرع للمستاجر ليست دائمة وانما هي محددة بمرتين في السنة ، ولايدور فيها هذا الحق الى السنوات القادمة ،وبعد انتهاء هاتين الفرصتين يستطيع المؤجر مطالبة المستاجر بالتخلية اذا لم يدفع القسط المستحق خلال خمسة عشر يوما من تاريخ استحقاقه دون حاجة الى انذار (م ١٧/ف أ) .

وهذا يعني ان المشرع منح المستاجر فرصة اخيرة وهي مدة الخمسة عشر يوما من تاريخ استحقاق بدل الايجار ،ان دفع بدل الايجار خلالها تخلص من خطر التخلية وان لم يدفع قام المؤجر بمطالبته بالتخلية .

---

(١) قرار محكمة ايجار الكرخ المرقم ٦٣٢/ت/٩٨٩ في ١٩٨٩/١٠/١٤ (غير منشور) .

(٢) يراجع في ذلك قرار محكمة ايجار عقار الكرخ (غير المنشور) المرقم ٤١٠/ت/١٩٨٩ في ١٩٨٩/٨/٢٨ .

المطلب الثاني

الايجار من الباطن او التنازل عن الايجار واسكان الغير

ا ـ الايجار من الباطن او التنازل عن الايجار

وفر قانون ايجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ الكثير من الحماية للمستاجر، ولكنه لم يسمح له بالمقابل الاثراء على حساب المؤجر او أستغلال هذه الحماية خلافا للاغراض التي رسمها المشرع • لذلك حظر القانون النافذ الايجار من الباطن او التنازل عن الايجار واعتبر ذلك من النظام العام ،فضلا عن العقوبة الجزائية التي سيتعرض لها المستأجر بالاستناد الى الفقرة الخامسة من المادة (٢٣) من قانون أيجار العقار اذا ما خالف الحظر المشار اليه •

ولكن المشرع لم يكتف بكل ذلك بل اعتبر ان قيام المستاجر بهذا التصرف (اى الايجار من الباطن او التنازل عن الايجار)يعد سببا من أسباب التخلية التي اشارت اليها الفقرة (ب) من المادة (١٧) من قانون ايجار العقار النافذ •

ويقع عبء اثبات الايجار من الباطن او التنازل عن الايجار على عاتق المؤجر • ولذلك قد يفلح المؤجر في أثبات ذلك وقد لا يفلح علما بان اثبات هذا الامر قد لا يكون سهلا ،خصوصا بالنسبة لاثبات استيفاء المستاجر الاصلي الاجرة من المستأجر من الباطن • لذلك يلجأ القضاء في الكثير من الاحيان الى منح أحد أطراف الدعوى تحليف الطرف الاخر اليمين القانونية لحسم هذا النزاع المستند الى الفقرة (ب) من المادة (١٧) • (١)

ولم يستجب القضاء العراقي الى طلب المؤجر بالتخلية بدعوى الايجار من الباطن حينما لاحظ بان اسكان المستأجرة ولدها المتزوج المعيل لها وابنتها الارملة

---

(١) أنظر في ذلك قراري محكمة أيجار الكرخ (غير المنشور) المرقمين ٣٠٣/ت/٩٨٩ ، ١٣٧/ت/٩٨٩ الصادرين بتاريخ ٩/٨/١٩٨٩ ، ١٥/٨/١٩٨٩ •

اعتبارها حالة واحدة لا يشكل مخالفة قانونية تستوجب التخلية (٢) . كذلك فان اشغال المستأجر اماه في اعمال واسطة بحق الادارة لا يعتبر اجارة من الباطن (٣) .

ب ـ المساكنة

يقصد بالمساكنة تنظيم العلاقة القانونية بين المؤجر والمستأجر بالنسبة لمن يجوز سكنهم مع المستأجر بحكم الاتفاق او القانون او القضاء . ولا شك بان هذا النص يعد ضروريا ، اذ لا يمكن ترك موضوع استغلال المأجور مطلقا لمن يشاء المستأجر اسكانهم معه ، لما قد يلحقه ذلك من ضرر بالمأجور او بسمعة المؤجر .

وقد نظم قانون ايجار العقار المساكنة في المادة (١٣) منه التي جعلت الاصل عدم جواز اسكان غير من ذكروا في العقد الا بموافقة المؤجر التحريرية (م١٣/ف١) وهذا يعني ان المؤجر قد حسب لعدد الساكنين حسابا ، فاتفق مع المستأجر على ذكر اسمائهم في العقد ، علما بان الاصل في العلاقات الايجارية عدم درج الناس على ذكر من سيسكن في المأجور . لذلك فان هذا النص ـ كما يبدو لنا قد جاء بمبدأ غير متعارف عليه . الا ان المستأجر قد يرغب في اسكان غير من ذكروا في العقد ، ولا يسمح له بذلك الا بعد اخذ موافقة المؤجر التحريرية . وهذا يعني ان الموافقة الشفهية لا يعول عليها . كذلك فأن اللجوء الى الوسائل الاخرى كالشهادة مثلا لا يعد جائزا . ان هذا الاتجاه سيقلل من المنازعات التي قد تحصل بسبب ادعاء المستأجر موافقة المؤجر الشفهية ، خصوصا وان اثبات هذه الموافقة قد لا يكون سهلا .

الا ان المشرع راعى من ناحية اخرى علاقات المستأجر العائلية التي تعد جزءا من البنية الاجتماعية ، فاستثنى من الاصل العام الوارد في الفقرة الاولى من المادة

---

(٢) قرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم ٩٣١/ حقوقية /١٩٧٩ الصادر في ٢٧ /٥/١٩٧٩ ، الوقائع العدلية ـ العدد الثاني ـ السنة الاولى ـ تموز ١٩٧٩ ـ ص ٢٨ .

(٣) قرار محكمة تمييز العراق المرقم ٣٣٠/ عامة اول /١٩٧٦ في ١٩٧٦/١١/٣٠ مجلة القضاء ـ السنة (٣٢) ـ العدد (٢) ـ ١٩٧٧ ـ ص ٣٩١ .

(١٣) طائفة من الاشخاص اللذين يربطهم بالمستاجر علاقات النسب كالاصــول (الاب وابيه ـ الجد ، وامـه ـ الجدة وان علــو ،الام وابيها ـ الجد لام ـوامها اي ا جدة لام وان علو) ،وفروع المستاجر وازواجهم (١) ،ويقصد بالفروع الابناء (الابن او البنت) وأبنائهم وان نزل ،و،الاخوة والاخوات غير المتزوجين ،والاخت الارملة التي توفي زوجها ،او المطلقة (م ١٣/ف٢) ، لقد كان المشرع في وضعـه بهذه الاستثناءات مدفوعا ببعض الضرورات الاجتماعية ،خصوصا بالنسبـــة للاصول او الفروع او الارملة او المطلقة التي يتعذر سكنها لوحدها او مـع اطفالها الصغار ، لكن هذه الضرورات قد تكون اقل اهمية للابن او البنت بعــد الزواج وتكوين عائلة او عوائل جديدة يقتضيها احال الاستقلال في مساكن اخرى خصوصا وان الزوج مكلف شرعا وقانونا باعداد سكن مستقل لزوجته ، ولــم يقف المشرع عند هذا الحد وانما اجاز أسكان من يقضي القانــون او العـرف او التقاليد الاجتماعية باعالة المستاجر له او باقامته معه (م١٣/ف٢) ،ويستعيــن القاضي في معرفته للعرف او التقاليد الاجتماعية بكافة الوسائل بما في ذلـــك الاستئناس برأي الخبراء (

وفي محاولة من المشرع للالتفات الى مصلحة المؤجر وضع بعض القيود لتطبيق نص الفقرة الثانية من المادة (١٣) وهي :ـ

أ ـ ان يتسع الماجور لسكنى من استثنتهم هذه الفقرة ، ولم يبين لنا النص المقصود بهذه السعه ومتى يتسع الماجور او لايتسع لسكنى هؤلاء ، لذلــك سيخضع هذا الامر مرة أخرى لسلطة القاضي التقديرية .

---

(١) وعلى هذا الاساس ذهبت محكمة أيجار عقار الكرخ في قرارها المرقـــم ٥١١/ت/٩٨٩ في ١٩٨٩/١٢/٢ (غير منشور) الى ان سكن البنت مع زوجها لايعد ايجارا من الباطن يوجب التخلية لان الفقرة الثانية من المـــادة (١٣) تستثني سكن الفروع وازواجهـم .

(١) ومن الامثلة التي تضرب على العادات والتقاليد الاجتماعية السائدة فـــي قطرنا ،سكن العم او الخال او الخالة مع المستأجر ،اذا كانوا كبار السـن ولا يوجد من يرعاهم في أيامهم الاخيرة ،او سكن بنت الاخ الطالبة في الجامعـــة مع عمها لعدم سماح التقاليد الاجتماعية بسكنها في الفندق لوحدها وغيـــر ذلك مـــن الامثلـــة .

٢ ـ ان لايملك اى من هؤلاء دارا للسكنى . ولم يبين لنا النص المقصود بهذه الدار . وكنا نفضل ان يشير النص الى كون هذه الدار واقعة في حدود المدينة التي يقع فيها المأجور وان تكون صالحة للاستعمال ، ويمكن تخليتها قانونا ان كانت مستاجرة .

ثم اجازت الفقرة الثانية من المادة (١٣) في عبارتها الاخيرة سكن اى من هؤلاء حتى وان كان يملك دارا للسكنى ،اذا اقتضت الضرورة الاجتماعية سكناه مع المستاجر ، مثال ذلك سكن الاخت المطلقة مع أخيها حتى ولو كانت تملك دارا للسكنى لصعوبة سكنها لوحدها . ونفس الشئ يقال بالنسبة للاخت الارملة او العم كبير السن او المصاب بمرض الذى تقضي العوامل الانسانية والاجتماعية أسكانه مع المستاجر على الرغم من تملكه دارا للسكنى لايقوى على السكن فيها وحده .

وعند ترك المستاجر للماجور بصورة نهائية وليست مؤقتة (١) يحل من بقي من الاشخاص المشار اليهم في الفقرتين (٢،١) من المادة (١٣) محل المستاجر في الماجور (٢) وترك المستاجر للماجور قد يكون بسبب الانتقال الى دار حكومية اعطيت للمستاجر بتسهيلات مجزية او بسبب انتقال المستاجر الىمدينة اخرى(١)

ولكن تطبيق الفقرة الثالثة من المادة (١٣) مقيد بعدم رغبة المؤجر سكن الماجور منهم او أولاده القاصرين بنفسه أو بأحد اولاده المتزوجين اذا لم يكن للراغب

---

(١) لم يعتبر سفر المستاجر الى الخارج للحصول على شهادة دراسية اعلى تركا للماجور ،ولذلك فان هذا الترك لايبيح للمؤجر اقامة دعوى التخلية على من بقي من الاشخاص الساكنين مع المستاجر طبقا للفقرة الثالثة من المادة (١٣) من قانون ايجار العقار . قرار محكمة استئناف منطقة بغداد رقم ١٨٢٠/ح/١١٩٨١ في ١٩٨٢/٢/٧ ـ مجموعة الاحكام العدلية ـ السنة (١٣) ـ العدد (١) ـ ص ١٣٣ ـ ١٣٤ .

(٢) المادة ١٣/ف٣ .

(١) اما وفاة المستاجر فلا نعتقد بأنها تعتبر من حالات ترك المستاجر للماجور، لان عقد الايجار لاينتهي بموت المؤجر او المستأجر ،وتنتقل كافة الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد الى ورثة المستأجر (م٧٨٣/ مدني عراقي) .

دارا أخرى يستطيع ان يسكنها في حدود المدينة التي يقيم فيها عادة . ومن الواضح ان المشرع حاول الالتفات الى مصلحة المؤجر مره اخرى . حينما يترك المستاجر الاصلي الماجور . وقد حصر حق المؤجر في طلب التخليه به شخصيا او باحد اولاده (المتزوجين) ويشمل لفظ الاولاد البنين والبنات . الا انحق المؤجر في المطالبه بالتخليه مشروع بعدم امتلاك من يرغب اسكن او زوجه او احد اولاده القاصرين دارا اخرى خاليه في حدود المدينة التي يقيم فيها المؤجر او بالامكان تخليتها قانونا ،فاذا كان يملك دارا أو دورا في حدود المدينة التي يقيم فيها عادة ولكنه لايستطيع ان يسكنها لكونها مستاجرة ولا يستطيع اخلائها لعدم توفر سبب من اسباب التخليه المنصوص عليها في المادة (١٧) من قانون ايجارالعقار ،فلا يعتبر مالكا لدار يستطيع ان يسكنها (٢) .

وعلى هذا الاساس أستطاع المؤجر ان يطلب تخلية الماجور عندما انتقل المستأجر من الماجور تاركا فيه شقيقه ،لان المؤجر كان يرغب في اسكان ولده المتزوج . وهو ما يخضع لنص الفقرة الثالثة من المادة (١٣) من قانون أيجار العقار (٣) .

ومما لاشك فيه بان المؤجر يستطيع ان يطلب التخلية دائما اذا أسكن المستاجر غير من اشارت اليهم المادة (١١) ،ولكن عبء اثبات سكن الاخرين مع المستاجر يقع على عاتق المؤجر . وللمستاجر أن يدفع هذا الادعاء بكافة ما يتيسر له من وسائل (١) .

---

(٢) د. عصمت عبد المجيد ـ أحكام تخلية المأجور ـ المصدر السابق ـ ص ٥١ .

(٣) قرار محكمة استئناف بغداد المرقم (١١٤٩/ج/١٩٨٠) في ٦/١٠/١٩٨٠ ، مجلة الوقائع العدلية ـ السنة (٢) ـ العدد (٤٤) ـ ص ٣٠٣ ـ ٣٠٤ .

(١) جاء في قرار محكمة أيجار عقار الكرخ المرقم ٦٣٥/ت/٩٨٩ في١٢/١٢/١٩٨٩ ما يلي :ـ ((أسس المدعي دعواه بطلب التخلية بسبب أسكان المدعى عليه وشقيقته وشقيقتها بدون موافقة المدعي ،ونتيجة التحقيقات الجارية لم يتمكن المدعي من أثبات دعواه لان اقامة هؤلاء كانت مؤقتة وليست دائمة .

المطلـب الثالـــث

الاضرار بالماجـور او الاساءة لسمعة المؤجـــــر

ان من اهم التزامات المستاجر في القانون المدني العراقـي استعمال الماجـــور بما يتفق مع العقد او وفقا لما اعد له الماجور دون الحاق الضرر بـه او بسمعـة المؤجر وبعكس ذلك يستطيع المؤجر المطالبة بازالة الضرر او فسخ العقــــد بالاضافة الى حقـه في التعويض · (المواد ٧٦٢ ، ٧٦٤ مدني عراقي) ·

وقد أكد قانون أيجار العقار هذا الاتجاه من جديد واعتبره سببا من‌اسبـاب التخلية في الفقرات (جـ،د،هـ) من المادة (١٧) التي جاء فيهـا :ــ

(جـ اذا احدث المستاجر بالماجور ضررا جسيما عمدا او اهمالا ولم يزلـــه بعـد انـــذاره ·

دــ أذا احدث المستاجر تغييرا جوهريا في الماجور دون موافقة المؤجر التحريرية ولم يزله رغم انذاره ·

هــ اذا استعمل المستاجر خلافا للغرض المبين في عقد الايجار بما يترتب علـــى ذلك اساءة لسمعة المؤجر او الحاق الضرر بالماجور) ·

وسناتي‌على شرح هذه الفقرات الثلاث على التوالي :

أولا ــ احداث ضرر بالماجـــور

لكي يكون العذر موجبا للتخلية وفقا للفقرة (جـ) المشار اليها يجب ان يكـون جسيما اى يخل اخلالا كبيرا بالمنافع المتوخاه من الماجور · ولا شك بأن تقديـر هذا العذر وانطباق وصف الجسامة عليه امر يخضع الى تقدير قاضي الموضوع · واحداث الضرر يكون متقصدا ،اى اتجهت نية المستاجر فعلا الى احداثه ، وقـد يكون مصدره الاهمال اى عدم بـذل عناية الرجل المعتاد لتي يتطلبها القانـــون لحماية اموال الاخرين وحيازتها ، ويحصل ذلك حينما يستخدم المستاجر المأجور بشكل غير مالوف ·

ولكن المشرع حاول مرة اخرى حماية المستاجر على الرغم من احداثه هذا الضرر ،فلم يمنح المؤجر حق مطالبته بالتخلية لمجرد وقوع الضرر ،بـــل الزمــه بتوجيه أنذار للمستاجر (١) ، يطالبه فيه بازالة هذا الضرر مع منحــه المدة الكافية التي تتلائم مع حجم الضرر الواقع .وعند حصول نزاع بيـــن الطرفين بشأن كفاية هذه المـدة فان الكلام الفصل في ذلك سيكون لقاضـــي الموضوع .

وبعد توجيه الانذار ومرور المدة الكافية يكون المستاجر قد استنفذ كافـــة الفرص التي وفرها له القانون ،فاذا قام باصلاح الضرر يصبح في منأى عـــن الحكم عليه بالتخلية ،وبعكس ذلك سيتعرض للحكم عليه بتخلية الماجور،مـــع دفعه التعويضات اللازمة .

ثانيا ـ احداث التغيير الجوهرى بالماجـــور

من التزامات المستاجر الرئيسية في القانون المدني ،رد الماجور في الحالة التي تسلمه عليها (م٧٧٢ مدني عراقي) . وهذا يعني عدم جواز أحداث المستاجـــر اى تغيير في المأجور ،حيث يعتبر ذلك اخلالا بأحد التزاماته المقررة قانونا .

وقد أكدهذه الحقيقه قانون أيجار العقار في الفقرة (د) من المادة (١٧) منـــه ، ولكنه اشترط ان يكون هذا التغيير جوهريا . ويعتبر التغيير جوهريا ،اذا اثر على شكل المأجور او على استعماله والانتفاع منه . ويرجع الامر في نهايته أـــى سلطة القاضي .ومن الامثلة التي تضرب على ذلك ، قيام المستأجر بهدم حائط بين غرفتين مما يؤثر على اتزان العقار الهندسي ،الذى حسب فيـه لهـــذا الحائط حسابا علميا في تحمل ثقل البناء او قيام المستاجر بتغيير واجهة العقار، من خلال بناء عدد من الدكاكين فيه ،او قيام المستاجر بالبناء في حديقة الماجـور. اماإذا ظهر بان الابنية المشيدة من قبل المستاجر كانت مؤقتة ويمكن رفعها فـــي اى وقت دون الحاق ضرر بالماجـــور ،فان ذلك لايعتبر من قبيل التغييـــر الجوهـــرى (١) .

---

(١) يجب ان يتم الانذار ـ كما نعتقد ـ من خلال الكاتب العدل .
(١) قرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم (٢٠/ج/٨٧) فـــي ١١٩٨٧/١/٢٠ ـ مجلة القضاء ـ السنة (٤٣) ـ العدد (١) ـ ص ٣٢٠ـ٣٢١

ولكن يقيم المؤجر دعوى التخلية يجب أن تتوفر بعض الشروط :ـ

١ ـ أن يحصل التغيير الجوهرى دون موافقة المؤجر التحريرية ·وهذا يعنـــي ان موافقة المؤجر التحريريه تمنع تطبيق هذا النص بشرط التزام المستأجـر بحدود الاذن الممنوح لــه ·وحسنا فعل المشرع بالاقتصار على الموافقـــــة التحريرية فقط ،لمـا قد تثيره الموافقات الشفهية من منازعات بسبب صعوبة الاثبـــات ·

٢ ـ مجرد حصول التغيير الجوهرى وبدون موافقة المؤجر التحريرية لايعطـــي الحق للمؤجر المطالبة بالتخلية ،بل يتطلب الامـر توجيه انذار الى المستأجـر لازالة هذه المخالفة ،(١) يمنح فيه المستأجر مهلة كافية لازاله هـــــــذا التغيير ·واذا اختلف في كفاية هذه المدة تكون العودة الى سلطة القضاء

وبعد تحقق هذه الشروط يحق للمؤجر المطالبة بالتخلية مع اعادة المأجـــور الى وضعه السابق والمطالبة بتعويض الاضرار التي سببها فعل المستأجر ·

ثالثا ـ استعمال المأجـور خلافا للغرض المبين في العقـــد

نظم القانون المدني ـ كما نعلم ـ موضوع استعمال المأجور ،فهو أمـــا ان يستعمل بحسب ما اعد له ووفقا لما يقتضيه العرف ، او ان يستعمل على النحـو المبين في عقد الايجار اى في غرض او اغراض معينة اتفق عليها المتعاقدين وحسب لها كلا من المؤجر والمستاجر حسابا (٢) ·

الا ان القانون المدني أجاز تقييد الاستعمال في الاجاره (م ٧٦١ مدنـــــي عراقي) ،مما يعني عدم جواز مخالفة هذا التقييد في عقد يعتبر شريعة المتعاقدين وقد انعكس هذا الاتجاه على القوانين الخاصة التي حاولت جهدها حمايـــة المستأجر والتقليل من الحالات التي يستطيع المؤجر التمسك بها لاخلاء المأجور، دون أن تغفل هذه القوانين حقيقة لا مناص منها وهي ان مصلحة المؤجر لابـــد ان تأخذ حيزها من الحماية · وبرز ذلك فعلا في بعض القوانين الخاصة كما هو

---

(١) ونعتقد بأن هذا الانذار يجب ان يتم بواسطة الكاتب العدل ايضا ·
(٢) راجع المادة (٧٦٢) مدني عراقي ·

المعال في المادة (٢٣) من القانون رقم (١٨٤) لسنة ١٩٧٨ ، التي اعتبرت مجرد استعمال المأجور خلافا للغرض الذي استأجر من اجله المبين في عقد الايجار سببا من اسباب التخلية .

ولكن قانون ايجار العقار النافذ حاول تعميق وزيادة حماية المستاجر فوضع نص الفقرة (م) من المادة (١٧) التي تقول :-

لايجوز للمؤجر طلب التخلية الا (اذا استعمل المستاجر المأجور خلافا للغرض المبين في عقد الايجار بما يترتب على ذلك اساءة لسمعة المؤجر او الحاق الضرر بالمأجور) .

ويبدو لنا لاول وهلة من قراءة النص ان المؤجر والمستأجر قد اتفقا على الغرض من استعمال المأجور وثبتا ذلك في صلب العقد الذي اودعت نسخه منه لدى دائرة ضريبة العقار (١) ولو لا هذا الاتفاق لكان الرجوع الى طبيعة المأجور ومنطقته وما يقرره العرف والخبراء بهذا الشان . ونعتقد بان ذكر الغرض يعني من ناحية اخرى ان كلا من المؤجر والمستاجر كانت لهما اسبابا معينة وراء ذكر هذا الغرض .وهذه الاسباب قد تكون مهمة بالنسبة للمؤجر اكثر من المستاجر، خصوصا اذا كان المأجور من غير المساكن ،واراد المؤجر الحيلولة دون حصول المنافسة في مهنة او حرفة معينة له او لغيره من المستاجرين ،او ان المؤجر اراد حماية المأجور بتاجيره لغرض معين معروف ابتداء وهكذا .

ولكن قانون ايجار العقار لم يكتف بمخالفة الغرض ،بل اقتضى لتطبيق النص ان تنطوي هذه المخالفة على أساءة لسمعة المؤجر او الحاق الضرر بالمأجور . وواضح من النص ان المشرع يكتفي باحد هذين السببين ولا يشترط اجتماعهما معا . وعلى هذا الاساس فان مجرد المخالفة لاتعتبر سبيل للتخلية ،فاذا اتضح ان المأجور قد استأجر لغرض اتخاذه مخبزا ثم حوله المستجر بعد فترة الى محل لبيع الاثاث ، فليس في ذلك ما يسبب اساءة لسمعة المستاجر او يلحق ضررا

(١) المادة (٧/ف٤) من قانون ايجار العقار .

بالمأجور ،وبالتالي فلا يعد هذا الامر سببا للتخلية (١) .

ومن الامثلة التي تضرب على استعمال المأجور بما يلحق الضرر به اتخاذ الدار المستاجرة مكانا لاستقبال الزوار واسكانهم (٢)، او اتخاذ المخزن المستاجر خزن المواد كمعمل لصنع الخل ، او تحوير استعمال الماجور من معرض لبيع وشراء السيارات الى محل لغسل وتشحيم السيارات ،واستعمال الدكان الذي أجر لغرض بيع المواد المعلبة والمحفوظة لتصليح وصبغ السيارات....الخ (٣).

ومن لحالات التي تعتبر اساءة لسمعة المؤجر أستعمال الماجور للعب القمار او تخزين المواد المهربة او الدعارة وغيرها .

ومن الملاحظ على النص انه لايشترط توجيه أنذار الى المستاجر كما لايشترط للمطالبة بالتخلية مرور فترة على المخالفة ،بل ان مجرد المخالفة التي يقع عبء اثباتها على المؤجر يكفي للحكم على المستاجر بالتخلية .كذلك فان ازالة المخالفة

لا تخلص المتأجر من هذه الاثار ، الا اذا عزف المؤجر عن ممارسة هذا الحق الذى قرره له القانون .

---

(١) قرار محكمة استئناف بغداد المرقم (٢٨٩/ح/٨٥ - ٨٦) في ٢/٣/١٩٨٦ . اشار اليه الدكتور عصمت عبد المجيد - احكام تخلية الماجور - المصدر السابق - ص ٧٠ .

(٢) قرار محكمة استئناف بغداد المرقم (٤٥٤/حقوقية/٩٧٩) في ١٤/١٠/١٩٧٩ الوقائع العدلية - السنة الثانية - العدد الثامن - كانون الثاني ١٩٨٠ . ص ١٣ .

(٤) راجع د. عصمت عبد المجيد - نفس المصدر - ص ٦٨ ،ولاحظ القرارات غير المنشور التي اشار اليها في نفس الصفحة .

المطلب الرابع

انتفاء حاجة المستاجر للماجور

هناك حالات تنتفي معها الحماية القانونية للمستأجر لانتفاء حاجته اصلا للمأجور ، مما يعني ضرورة عودة المأجور الى صاحبه او الى من هو أحق في الانتفاع به . من ذلك عدم أستعمال المأجور لمدة معينة اشار اليها القانون او بناء المستاجر او تملكه هو او زوجته عقارا يجب الانتقال اليه واستغلاله .

اولا - تــرك الماجــور

نصت الفقرة (و) من المادة (١٧) من قانون أيجار العقار على مايلي - يجوز للمؤجر ان يطلب تخلية العقار ، اذا لم يبق في المأجور احد ممن ذكروا في الفقرة (٢) من المادة الثالثة عشرة او اصبح العقار المأجور خاليا بسبب عدم الاستعمال لمدة تزيد على ~~تسعين يوما~~ ٤٥ يوماً دون عذر مشروع)) .

يتضح من النص ان العقار قد يخلو من الاشخاص اللذين اشارت اليهم الفقرة الثانية من المادة الثالثة عشرة من القانون ،وهم طائفة من الناس اراد المشرع حمايتهم . ولذلك لايجوز للمؤجر ان يطلب تخلية المأجور عند وجودهم . الا ان ترك المستاجر للماجور وعدم وجود اى من هؤلاء ،يجعل الحماية منتفيه . ولابد عندئذ من عودة المأجور الى مالكه . ونظرا لشرح هذا الموضوع عند التعرض للمساكنة فلا داعي بنا الى اعادة شرحه من جديد .

اما الحالة الاخرى فهي ترك المأجور خاليا دون استعمال لمدة تزيد على تسعين يوما دون عذر مشروع .

وقد استبدل المشرع من ترك المستاجر الماجور لهذه المدة الطويلة عدم الحاجة له . ولكن هذا الترك يجب ان يكون لمدة تزيد على التسعين يوما ،وهذا يعني ان المدة اذا كانت اقل من ذلك او تسعين يوما بالتمام فلا يجوز تطبيق الشروط الهامة لتطبيق هذا النص ضرورة ان يكون ترك المأجور دون عذر فلا يجوز تطبيق هذا النص ،فضلا عن ان هذه المدة يجب ان تكون متصلة وغير متقطعة .ومن الشروط الهامة لتطبيق هذا النص ضرورة ان يكون ترك المأجور دون عذر مشروع . ولاشك بان مشروعية العذر امر يعود في تقديره الى قاضي

الموضوع لذلك فان ترك المأجور نظرا لسفر الزوج وزوجته الى خارج القطر من اجل المعالجة قد يعد عذرا مشروعا ، كذلك فان سفر المستأجر الى الخارج وبقاء من اجبار القانون بقائهم في المادة (١٣) منه يعد كذلك عذرا مشروعا ·

ويبدو من النص ان لاحاجة للعذر لعدم الاشارة اليه ، كذلك فان عبء اثبات خلو العقار وتركه دون استعمال يقع على عاتق المؤجر ·

من ناحية اخرى فان الحكمة من هذا النص لاتتجلى في عقار ظل خاليا دون استعمال مما يتناقض مع فلسفة المشرع الاقتصادية والاجماعية ،، استغلال كافة العقارات لحل أزمة السكن فقط، وانما يتماشى مع القواعد القانونية العامة المعروفة التي تؤكد ان ترك المأجور دون استعمال قد يلحق ضررا به · كذلك فانه ليس من الحكمة ان يجبر المالك على تأجير عقاره اذا ظل خاليا (م٢٠ من قانون الايجار) ،ولا يطبق هذا الامر بحق المستأجر عند تركه للمأجور

ثانيا ـ بناء المستاجر او تملكه عقارا للسكن

من ابرز مبررات الامتداد القانوني لعقود الايجار ،ان المستأجر في حاجة حقيقية الى المسكن المؤجر اليه ،فاذا زالت هذه الحاجة الى هذا المسكن زالت اسباب الامتداد القانوني ومن ثم يكون من المنطق الحكم عليه بالتخلية ،فالاولى ان ينقل الشخص الى داره التي شيدها حديثا او تملكها من ان يبقى مستأجرا للملك الغير (١) ·

من هنا كانت الفقرتان (ز،ح) من المادة (١٧) من قانون ايجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل أسبابا للتخلية ،حيث نصت الفقرة (ز) على ما يلي :

(اذ بنى المستأجر عقارا للسكنى في حدود المدينة التي يقيم فيها عادة) ،كما نصت الفقرة (ح) : (اذا تملك المستأجر او كان يملك في حدود المدينة التي يقيم فيها عادة عقارا صالحا لسكناه يمكن تخليته قانونا أو كان خاليا ولو اجره للغير بعد خلوه) ·

---

(١) د· عصمت عبد المجيد بكر ـ شرح قانون ايجار العقار ـ المصدر السابق ـ ١٥٠ ·

والعلة من وراء تشريع هذه النصوص ـ من ناحية أخرى ـ ملاحظة المشرع ان البعض اخذ يحتجز اكثر من مسكن واحد بقصد الاتجار به بايجارها بمبلغ مرتفع الى الغير خصوصا بعد ارتفاع بدلات الايجار بشكل كبير، حيث يرى المستأجر أن بدل ايجار المسكن الذى يستأجره منذ فترة قد يكون قليلا اذا ما قورن ببدل الايجار العالي الذى قد يحصل عليه بايجاره داره المشيدة أو المملوكة في ظل ظروف اقتصادية تشجعه على الاستفادة من الفرق بين البدلين بغض النظر عن مبدأ الاثراء على حساب الغير ،لذلك فرض القانون على هذا المستأجر جزاء قانونيا يقضي باخلائه المسكن الذى يشغله عن طريق الاستئجار على أن تتوفر الشروط القانونية المطلوبة وفقا للفقرتين (ز ،ح)من المادة (١٧) من قانون ايجار العقار (١) .

وقد لاحظ المشرع فيما بعد بأن نص الفقرتين (ز،ح) لم يكن موفقا حيث ترد بشأنها الكثير من الملاحظات ،لذلك اضاف الفقرة (م/٢،١) الى المادة (١٧)من قانون ايجار العقار بموجب القانون رقم (١٥) لسنة ١٩٨٣ (١) التي تقول :ـ

(١ ـ اذا بنى زوج المستاجر عقارا لسكناهما في حدود المدينة التي يقيمان فيها عادة .

٢ ـ اذا تملك زوج المستاجر او كان يملك في حدود المدينة التي يقيمان فيها عادة ، عقارا صالحا لسكناهما يمكن تخليته قانونا او كان خاليا أو اخلي ولو اجره للغير بعد خلوه) .

واذا كانت هذه الاضافة مما يحمد عليه المشرع ، فان وضعها بهذا الشكل كما نرى ـ لم يكن موفقا فيه مرة اخرى ، حيث كان يحسن به أعادة قراءة الفقرتين (ز،ح) بشكل جديد تضاف عليه عبارة (أو زوجه) (١) بدل هذا التكرار الذى لامبرر له .

---

(١) كاظم الشيخ جاسم ـ قواعد ايجار العقار ـ المصدر السابق ـ ص ٢٢٨ .
(٢) المنشور في الجريدة الرسمية بعددها المرقم (٢١٢٨) في ١٩٨٣/٣/٧ .
(١) اى زوج المستاجر .

كذلك كان يحسن بالمشرع وهو بصدد اعادة النظر بالفقرتين (ز،ح) ان يضيف الى عبارة (او زوج المستاجر) عبارة اخرى لاتقل اهمية عما تقدم الا وهـــي عبارة (او احد اولاده القاصرين) ٠اذ ان طلب الاخلاء بسبب بناء المستأجـــر او تملكه عقار في حدود المدينة التي يقيم فيها عادة لا يقتصر على المستأجر حسب ؟ تملكه عقارا في حدود المدينة بل يستوى فيه ان يكون قبله او من زوجة او أحـد اولاده القاصرين بأعتبارهم يشكلون أسرة واحدة (٢) ٠

ويلاحظ كذلك بان المشرع يشترط بالنسبة لتملك ألعقار أن يكون صالحـــا لسكنى المستأجر في حين لـم يشترط ذلك بالنسبة لتشييد عقار جديد للسكنى ؛ وقد كان من المنطقي اشتراط مثل هذا الشرط في حالة التشييد ايضا ، فقـــد تكون الدار المشيدة لسكن غير صالحة لسكنى المستأجر نظرا لصغرها بالنسبـــة لافراد عائلته الكبيرة او بعدها عن مقر اعماله او غير ذلك من الامور والاعتبارات التي تجعل العقار المشيد حديثا غير صالح لسكن المستأجر (٣) ٠

ويشترط للحكم على المستأجر بالتخلية وفقا للفقرتين (ز،ح) مـن المـــادة (١٧) من القانون أن يكون مالكا لهذا العقار بصورة مستقلة وليس مشاعـــا يتعذر معه سكناه واستعماله دون موافقة بقية الشركاء (١) ٠ ونرى بـــــان الاشارة الى ذلك في النص قد يعتبر أمرا ضروريا يجعلنا في منأى عن الاجتهادات القضائية والاختلاف في احكام القضاء ٠

---

(٢) وهذا ما سارت عليه فعلا نصوص قانون أيجار العقار الحالي ، مثال مـاورد في المادة (١٧/ك) التي اعتبرت الزوج والزوجة والاولاد القاصرين اســـرة واحدة ٠ومن المفيد القول هنا ان المادة(٥٨)من مشروع القانون المدني العراقي الجديد نصت على ما يلي :ـ (تتكون الاسرة من الشخص وزوجته واولاده)٠ قارن المادة (٣٨) مدني عراقي ٠

(٣) د٠ عصمت عبد المجيد بكر ـ شرح قانون ايجار العقار ـ ص ١٥٢ ٠

(١) قرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم (٢٨٣٢/ حقوقيــــة /١٩٧) المؤرخ في ١٩٧٩/١٢/٢٩ ـ الوقائع العدلية ـ العدد (١٤) ـ السنة الثانية ـ نيسان ١٩٨٠ ـ ص ١٦٣ ٠

ولم يوضح النص ايضا المقصود بحدود المدينة ،وهل يراد بها نهاية العمران والابنية ام حدود بلدية المدينة ،مما دفع ـ بعض الشراح ـ الى اعتبار ذلك نقصا يجب تلافيه (٢) ٠

ولا شك بان المقصود هنا هو حدود امانة بغداد او حدود البلدية فـــي المحافظات الاخرى (٣) ٠

ولا ضرر هنا على الاطلاق ـ كما نعتقد ـ من جعل عبارة النص كما يلي : (في حدود امانة بغداد او حدود بلدية المدينة ٠٠٠٠ الخ) ٠وبذلك نتجنـب الاختلافات الفقهية والقضائية التي يسببها وضع النص التالي ٠

وقد اثار موضوع تخلية العقار المستاجر في حالة بناء المستاجر او امتلاكـه عقارا (اذا كان العقار المستاجر قد سكنت فيه زوجة المستاجر الثانية) ،أختلافا واسعا في اتخاذ القرارات القضائية من قبل محاكم الاستئناف في القطر ،بالاضافة الى تداول الاراء ـ واجتهادات بشأن ترجيح هذا الموقف القضائي او ذاك مـن موضوع التخليـة ٠

---

(٢) حسن عداى الدجيلي ـ المصدر السابق ـ ٩٨ ٠

(٣) ولم يتضمن قانون تنظيم أيجار العقار رقم (٦٧) لسنة ١٩٧٣ عند صدوره نصا مماثلا ،الا ان القانون رقم (٥٥) لسنة ١٩٧٥ اضاف الفقرتين (ز ٠ ح) الى المادة التاسعة من القانون المذكور وقد جاء فيهما :ـ
(ز ـ اذا بنى المستاجر في حدود المدينة التي يقيم فيها عادة ٠
ح ـ اذا تملك المستاجر في حدود البلدية التي يقيم فيها عادة دارا خالية او يستطيع اخلاءها بموجب احكام هذه المادة) ٠كما نص القانون رقـم (١٨٤) لسنة ١٩٧٨ (الملغى على هاتين الحالتين في المادة (٢٣ /ط) التـي تقول : (ط ـ اذا بنى المستاجر او تملك عقارا للسكن في حدود بلديـة المدينة التي يقيم فيها عادة) ٠

فقد قضت محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية بما يلي :ـ

(اذا ثبت ان المستاجر يسكن زوجته الثانية في الدار التي شيدها فـــــلا يحكم بتخلية الماجور الذي يسكنه مع زوجته الاولى ، لان الزوج مكلف قانونـــا بتهيئة بيت شرعي مستقل لكل زوجة من زوجاته) (١) ٠

بينما ذهبت محكمة استئناف بابل الى رأى معاكس ،حيث (يحكم علـــــى المستاجر بالتخلية اذا تملك دارا ولو اسكن فيها زوجته الثانية) (٢) ٠

واعتمدت محكمة استئناف البصرة نفس الموقـف المتخذ من قبل محكمـــة استئناف بغداد بقولها :ـ

(لا يلزم المستاجر بالتخلية بسبب امتلاكه دارا ما دامت زوجته الثانيـــة ترفض السكنى مع ضرتها وكانت داره لا تتسع لسكنى الزوجتيـــــن واولادهما) ٠(١)

وقد تبادل رجال القانون الاراء حول صحة هذا القرار او ذاك ٠ مقدميـــن المبررات القانونية والعملية للدفاع عن ارائهم (٢) ٠

وقد لاحظنا سابقا الحكمة من وراء وضع المشرع لنص الفقرتين (ز،ح) والتي تتجلى في حماية المستاجر وسكنه في عقار يطمئن اليه وعائلته ،طالمـا توفـــرت

---

(١) قرار محكمة استئناف بغداد المرقم (٨١٤ / حقوقية / ١٩٨٠) فـــــي ١٩٨٠/٤/٢٦ ، مجموعة الاحكام العدلية ـ العدد الثاني ، السنـــة (١١) ـ ١٩٨٠ ـ ص ١٧٨ ٠

(٢) قرار محكمة استئناف بابل المرقم (١٨٩/ حقوقية /١٩٨٠ في ١٩٨٠/٤/١٤ ـ الوقائع العدلية ـ العدد (٢٣) ـ السنة الثانية ـ أب ١٩٨٠ ـ ص ٣٧٩ ٠

(١) قرار محكمة استئناف البصرة المرقـــم (١٢٧/ت /١٩٨٠ في ١٩٨٠/٨/٩ مجموعة الاحكام العدلية ـ العدد الثالث ـ السنة الحادية عشرة ـ ١٩٨٠ ـ ص ١٤٧ ٠

(٢) راجع امر هذه المناقشات في الوقائع العدلية ـ العدد ٢٢ ـالسنة السنـــة الثانية ـ ٢٣ اب ـ ١٩٨٠ ص ـ ٥٧٦٠ كاظم الشيخ جاسم ـ قواعد ايجار العقار ـ ص ٢٣٤ ٠

الاسباب القانونية لذلك ،في حين ان هذا المستاجر حينما يشيد او يمتلك عقارا فان مثل هذه الحماية تنتفي وينعكس الامر لصالح المؤجر الذى يعد هو الاخر مواطنا لابد من حماية مصالحه والحيلوله دون اثراء المستاجر (الذى شيد او تملك عقارا) على حسابه ،حيث يطلب من المستاجر السكن في عقاره وترك عقار المؤجر وفقا للقانون .

الا ان مثل هذا الوضع ـ كما نرى ـ لاينطبق على الشخص الذى يسكن زوجته الاخرى (٣) في العقار المستأجر في حين يسكن زوجة ثانية في العقار المشيد او المملوك ،اذ ان أسباب حماية المستأجر من قبل المشرع لا زالت باقية لم تنته بعد ،فالمشرع الذى يحمي اسرة المستاجر الاول ، يحمي في الوقت نفسه اسرته الثانية او الثالثة ، لذلك فان ما ذهبت اليه محكمة استئناف بغداد ومحكمة استئناف البصرة يعد صحيحا لا شائبة فيه .

الا ان الامر لا ينتهي عند هذا الحد ،بل لابد من معالجة جذرية تضع حدا لهذا الاختلاف القضائي البين ،ويتم ذلك في تقديرنا من خلال الوسيلتين التاليتين :ـ

١ـ معالجة نص الفقرتين (ز،ح) بما يكفل توضيح هذا الامر ويحقق اهداف المشرع المعروفة .

٢ـ تعديل المادة (٢٢) من قانون ايجار العقار التي لاتجيز الطعن في الدعاوى الناشئة عن احكام هذا القانون بطريق تصحيح القرار التمييزى ،حيث تتمتع محكمة الاستئناف في النظر تمييزا في الطعون في طائفة من الاحكام ومنها الاحكام الخاصة بتخلية المأجور بدافع رغبة المشرع في التخفيف من اعباء محكمة التمييز (١) .

---

(٣) قد يكون الشخص هنا متزوجا باكثر من أثنتين الى الحد الذى يسمح به الشرع والقانون .

(١) انظر المادة (٣١) من قانون المرافعات المدنية المعدل رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ .

ولا شك بان الاخذ بجواز الطعن بالقرارات الصادرة من محاكم الاستئناف من قبل محكمة التمييز (التي تعتبر قمة الجهاز القضائي والتي تتمتع بالدراية والخبرة العالية)، سيؤدي الى توحيد الاحكام وعدم تشتتها بهذه الاتجاهات المختلفة التي لاحظناها على الرغم من اتحاد جوهر الموضوع المطروح على محاكم الاستئناف المختلفة . كذلك فان هذه الوحدة في اتخاذ القرارات سيزيد من ثقة المواطن بقضائنا العراقي المقتدر ، وعكس ذلك سيحصل في حالة التناقض في اتخاذ القرارات القضائية .

المطلب الخامس

هدم العقار او اضافة طوابق جديدة اليه

اولا ـ هدم العقار واعادة بنائه

اعتبرت الفقرة (ط) من المادة (١٧) من قانون أيجار العقار ، هدم العقار لاعادة بنائه بشكل اوسع سببا من اسباب التخلية بقولها :ـ

((اذا اراد المالك هدم العقار لاعادة بنائه بشكل اوسع يشتمل على عدد اكبر من المساكن او بشكل عمارة سكنية متعددة الطوابق لاتقل طوابقها على ثلاثة طوابق)) .

ويبدو من نص الفقرة اعلاه ان المشرع اجاز للمالك فقط هدم العقار الذي لايشترط فيه ان يكون قديما او ايلا للسقوط ، ولو ان الغالب في الملاك القيام بالهدم في حالة قدم العقار ،ولكن لايستبعد قيام المالك بهدم عقار لا يزال متينا بهدف بناء عمارة سكنية جديدة تضم عددا كبيرا من الطوابق .

ولاشك بان الحكمة من وراء هذا النص تتجلى في دفع اصحاب رؤوس الاموال الخاصة استثمار أموالهم في بناء الوحدات السكنية للتخفيف من ازمة السكن ، فضلا عن ان هذا الاتجاه سيشجع الحركة العمرانية في القطر .

وحتى يحقق المشرع هذه الغاية اشترط ان يضم البناء الجديد عددا اكبر من المساكن أو عمارة سكنية لاتقل طوابقها عن ثلاثة طوابق . وهذا يعني

ان هـدم الـدار لاعادة بنائهـا بشكل اوسع ، او القيام ببعض الترميمات او التحسينات او تقطيع العقار الى عدد من الاجزاء لايخضع لحكم هذا النص • لذلك فان بناء عمارة تجارية مهما كان عدد طوابقها لايعطي الحق للمالك طلب التخلية، وبناء عمارة سكنية يقل عدد طوابقها عن ثلاثة طوابق لايمكن المالك طلـب التخلية (١) •

ولكي يطبق هذا النص يشترط ان يوجه المالك الى المستأجر انذارا يرفـق به صورة مصدقة من اجازة البناء مع الخارطة قبل مدة لا تقل عن تسعين يوما من تاريخ طلب التخلية وان يشرع بالهدم والبناء خلال مدة لاتزيد عن تسعيـن يوما من تاريخ التخلية الفعلية (٢) ويتضمن هـذا الانذار اشعارا للمستأجـر بعزم المالك على هدم العقار ويرفق مع هـذا الانذار اجازة البناء التي تصـدر عادة من وحدات امانة بغداد او من الوحدات البلدية في المحافظات • ويجـب ان تتفق خارطة البناء مع اجازة البناء ،امـا الاختلاف بينهما فقد يكون سببا لـرد الدعوى (٣) كذلك فان الانذار يجب ان لايخرج عن المدد التي اشارت اليهاالفقرة (١) من المادة (١٩) من القانون،لذلك فان طلب التخلية يجب أن يكون قبل مـدة لاتقل عن تسعين يوما من تاريخ طلب التخلية ،أمـا المطالبة بالتخلية خلال ثمانية أيام فامر لاسند له من القانون (٤)

(١) لذلك ردت المحكمة دعوى المدعي حينما لاحظت بان اجازة البناء والخرائط تشير الى طابقين فقط وهو ما يخالف نص الفقرة (ط) من المادة (١٧) • قرار محكمة ايجار عقار الكرخ ـ العدد (٧١٦/ت/٨٩) في ٢٨/١٠/١٩٨٩ (غيـر منشور) •

(٢) الفقرة الاولى من المادة (١٩) من قانون ايجار العقار • ومن المـلاحظ أن هذه الفقرة لم تشر الى ضرورة ان تكون خارطة البناء مرفقة مع اجازة البناء وهذا ما يشكل في تقديرنا نقصا في النص لابد من تلافيه •

(٣) قرار محكمة أيجار عقار الكرخ ـ العـدد (٧١٦/ت/٨٩) في ٢٨/١٠/١٩٨٩ (غير منشور) •

(٤) قرار محكمة أيجار عقار الكرخ العـدد (٨١٠/ت/٩٨٩) في ١٩/١١/١٩٨٩ (غير منشور) •

وحتى لايستغل المؤجر هذا السماح القانوني اعطى الحق للمستاجر في العودة وشغل المأجور بالشروط السابقة او التعويض عن الاضرار التي أصابته بسبب التخلية ،اذا لم يباشر الهدم والبناء خلال تسعين يوما من تاريخ التخلية دون عذر مشروع (١) ،علما بان القانون لم يحدد مدة معينة لاكمال البناء بعد هدمه وكل ما اشترطه الشروع بالهدم والبناء خلال مدة لاتزيد على تسعين يوما من تاريخ التخلية الفعلية .

ولم يكتف المشرع في هذا المجال بنص الفقرة (ط) المشار اليها ، بل عززذلك بقرارمجلس قيادة الثورة المرقم (١٢٢٢) الصادر بتاريخ ١٣/١١/١٩٨٣ الذي جاء فيه :ـ

(١ ـ لايجوز لمالك الدار المؤجرة ان يطلب تخلية داره لغرض هدمه واعادة بنائه بشكل عمارة سكنية متعددة الطوابق لاتقل عن ثلاثة طوابق .

٢ ـ يحتفظ المستاجر السابق للدار بحقه في استئجار احدى الشقق السكنية في العمارة المقامة على ارض الدر بوجوب عقد إيجار جديد يتم تنظيمه وفقا لاحكام قانون ايجار العقار رقم (٨٧) لسنة ٩٧٩ وباجر سنوي لايزيد على المنصوص عليها في الفقرة (١ـ) من المادة الرابعة من القانون المذكور .

٣ ـ اذا لم يباشر مالك الدار المؤجرة ببناء العمارة السكنية خلال مدة سنة واحدة من تاريخ التخلية الفعلية ، تصادر وتسجل باسم وزارة المالية .)

ويبدو للقارىء من أول وهلة بان الفقرة الاولى من قرار مجلس قيادة الثورة المرقم (١٢٢٢) المذكور تعد زائدة ،حيث تغني عنها الفقرة (ط) من المادة (١٧) المشار اليها ،بل ان هذه الفقرة تعد ـكما نرىـ أوسع مدى من الفقرة (١) من قرار مجلس قيادة الثور ،لانها تشمل هدم العقار لاعادة بنائه بشكل اوسع يشتمل على عدد اكبر من المساكن او بشكل عمارة سكنية ،في حين ان الفقرة الاولى من القرار (١٢٢٢) تتضمن بناء العمارات السكنية فقط ،وبذلك تتناول جانبا من المشكلة ليس الا .

---

(١) الفقرة الثانية المادة (١٩) من قانون أيجار العقار .

كذلك فان الفقرة (ط) من المادة (١٧) تشير الى رغبة المالك هـدم العقـار بينما تستعمل الفقرة الاولى من القرار (١٢٢٢) عبارة (يجوز لمالك الـدار)، وبهذا تعد صيغة الفقرة (ط) ادق ـ كما نعتقد ـ من صيغة الفقرة الاولى مـن القرار ،لان كلمة العقار اوسع مدى ،لانها تشمل كافة انواع العقارات التي قد تكون مسكنا او دكانا او مخزنا او اي نوع اخر من العقارات ،التي يمكن المطالبة بهدمها تحقيقا لمتطلبات نص المادة (١٧/ط) . ولاجل حماية حق المستاجر بغض النظر عن نوع العقار المستاجر ،نقترح ان يكون نص الفقرة (٢) مـن القرار (١٢٢٢) كما يلي :ـ

(يحتفظ المستاجر السابق للعقار بحقه في أستئجار احد العقارات المماثلـة المقامة تطبيقا لنص الفقرة (ط) من المادة (١٧) من قانون أيجار ألعقار رقـم (١٧) من قانون ايجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ بموجب عقد أيجار جديد يتم تنظيمه وفقا لاحكام قانون ايجار العقار وباجر سنوي لايزيد على النسب المنصوص عليها في الفقرة (١ـا) من المادة الرابعة من القانون) .

كذلك نقترح ان تقرا الفقرة الثالثة من القرار رقم (١٢٢٢) كما يلي :ـ

(اذا لم يباشر المالك المشار اليه في الفقرة (ط) من المادة (١٧) من قانـون ايجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ بالهدم والبناء بدون عذر مشروع خلال مدة سنة واحدة من تاريخ التخلية الفعلية يصادر العقار ويسجل بأسـم وزارة الماليـة .)

ان هذا النص المقترح يوفر لنا الميزات التالية :ـ

أ ـ استخدمت الفقرة (٣) من المادة (١٢٢٢) عبارة (مالك الدار المؤجرة) فـي حين ان العقار المراد هدمه قد لايكون بالضرورة دارا وهـذا ما نؤكده فعلا بعض القرارات القضائية، حيث جـاء في احدهما :ـ

لمؤجر الدكان طلب تخليته لهدمه اذا كان الغرض من الهـدم انشاء بنـاء يحتوي على طابق ارضي يشتمل على سبعة دكاكين وشقة أرضية سكنيـة

وطابق لان يشمل أربـــع شقق سكنيـــة ٠) (١)

ب ـ جعلت الفقرة (٣) من لـقرار رقم (١٢٢٢) المدة التي يجب أن يباشر خلالها المالك الهدم والبناء سنة واحدة من تاريخ التخلية بدلا من فترة التسعين يوما المشار اليها في المادة (١٩/ الفقرة الاولى من قانون ايجار العقار ٠وحسنـــا فعل المشرع باطالته المدة الى سنة ، لان فترة التسعين يوما قليلة كفترة يراد فيها الهدم والشروع بالبناء ، خصوصا اذا ما اخذنا بنظر الاعتبار الصعوبات الفنية ومتطلبات مواد البناء وشحتها احيانا او عدم توفر الايدى العاملـــة المطلوبة وحسابات تقلبات السوق ٠ الا ان ما يؤخذ على نص هذه الفقـــرة انهـا اشارت الى مصادرة العقار وتسجيله باسم وزارة المالية ٠ولا شك بـــان مثل هذا الاجراء ليس بالامر السهل ،لانه يمثل انتزاعا للملكية شخص يفترض أن تتوفر المبررات الكافية لانتزاعها دون مقابل ، ولكي تتحقق الاهـداف التي يروم المشرع الوصول اليها ، لابد ان يكون عزوف صاحب العقار عن الهـــدم والبناء او عن احدهما (دون عـذر مشروع) وأن يترك أمر تقدير ذلك الى القضاء٠ وهذا ما التفتت اليه فعلا الفقرة الثانية من المادة (١٩) من قانون ايجار العقـار بقولها :ـ

(او لم يباشر الهدم والبناء في العقار الذى اخلي بمقتضى الفقرتين (ط ، ى) من المادة السابعة عشرة بدون عـذر مشروع ٠٠٠٠ الخ) ٠

اى ان هذه المادة اشارت فعلا الى ضرورة عدم وجود عذر مشروع لتطبيق ما ورد فيهـــا ٠

---

(١) قرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم (٢٣٦٢/ حقوقيـــة/ ٧٧٩) في ١٩٧٩/١١/٢٦ ـ الوقائع العدلية ـ العدد ١٤ ـ نيسان ١٩٨٠ـ ص ١٦١ ٠

ثانيـا ـ اضافة طوابق جديدة الى بنـاء قائـم

اوردت المادة (١٧) من قانون أيجار العقار سببا جديدا للتخلية الكليـــة او الجزئية ، هي رغبة المالك في أضافة طوابق جديدة يقتضي الصعود اليها تخليـة غرفة من الدار او دكان او جزء منه ،يستعمل درجـا للصعود للطوابـــق العليا ، وهذا مبدأ يشجع على توسيع العمران ٠(١) وقد جاء ذلـك في الفقرة (ى) مـــن المادة (١٧) التي تقول :ـ

(اذا أراد المالك اضافة طوابق جديدة الى بناء قائم وكانت تخلية المأجور كـلا او جزءا ضرورية بالقدر الذى تقتضيه مصلحة العمل)٠ (١)

ومن الملاحظ على هذا النص اشارته الى أضافة طوابق جديدة وهذا يعنـي أن ما يضاف من البناء يجب ان يكون طابقين فاكثر ولا يجوز ان يكون طابقـــا واحدا ، ولو اراد المشرع ذلك لنص عليه كما نص في المادة التاسعة من القانون ٠ كذلك فان النص لم يبين لنا نوع البناء القائم ، مما يعني ان العبارة تعد مطلقة تشمل البناء القائم بغض النظر عن نوعه كما لو كان كراجا او مخزنـــا او دارا ٠٠٠٠ الخ (٢)

---

(١) المذكرة الايضاحية لقانون أيجار العقار ٠

(٢) وقد اجاز القانون للمالك من ناحيه اخرى ان يبني مسكنا او طابقا او اكثر في المأجور اذا كان يتسع لذلك على ان لايخالف انظمه البناء المعمول بهـــا ولا يخل اخلالا جسيما بمنفعه المستاجر ،كأن يبني مسكنا او اكثر في حديقه الدار او يبني طابقا اخر لينتفع المالك به في اشغاله بنفسه او بأيجاره للغير محققا بذلك مصلحته ومصلحة من له حاجه في السكنى ،امـا اذا كان الاخلال جسيما بمنفعة المستاجر فان القانون يمنع المالك من البناء واذا لم يكن الاخلال جسيما جاز للمستأجر أن يطلب تخفيض الاجرة بما يناسب نقص المنفعة ٠ راجـــع المادة التاسعة من قانون أيجار العقار ومذكرة القانون الايضاحية ٠ ومـــن الجدير بالذكر ان ما نصت عليه المادة التاسعة المذكورة لا يعد سببا مـــن اسباب التخلية ٠

(٢) وقد لاحظ القضاء العراقي ان البناء القائم يجب ان يكون قويا يصلح لاضافة طوابق جديدة اليه ، اما اذا كانت الدار قديمة البناء (خربة) فأنها لاتصلـح أساسا لاضافة طوابق جديدة اليها مما يعني ان الفقرة (ى) من المادة (١٧) من قانون أيجار العقار لاتعد منطبقة وبالتالي ترد دعوى طالب التخلية ٠
قرار محكمة أيجار عقار الكرخ ـ العـــدد (٧١٦/ت/٨٩ في ٢٨/١٠/١٩٨٩ (غير منشور المشار اليه سابقا ٠)

من ناحية أخرى فان تخلية العقار هنا قد تكون كلية أو جزئية ، ولا يصـــار اليها الا اذا كانت ضرورية لاضافة الطوابق الجديدة ،وتقدير مدى هذه الضرورة يعود الى سلطة القاضي التقديرية الذي يرى من خلال الاستعانة بالخبراء ضرورة تخلية غرفة او أكثر من المأجور استجابة لمقتضيات العمل . وقد لايرى القاضـــي ضرورة لذلك ، كما لو كان البناء القائم بجوار قطعة ارض فارغة تعود الى المالـك يستطيع ان يستخدمها لنصب سلم لتصعيد مواد البناء المطلوبة وهكذا .

ولكي يطبق هذا النص لا بد ان يوجه المالك الى المستاجر انذارا يرفق به صورة مصدقة من اجازة البناء مع خارطة البناء قبل مدة لاتقل عن تسعين يوما من تاريخ التخلية وأن يشرع بالبناء خلال مدة لاتزيد على تسعين يوما من تاريخ التخليـة الفعلية (م ١٩/١) . فان لم يباشر بالبناء خلال هذه المدة وبدون عـذر مشروع فللمستأجر الحق في شغل المأجور بالشروط السابقة او التعويض عن الاضـــرار التي اصابته بسبب التخلية (م ١٩/٢) اضافة الى العقوبة التي فرضتها علـــى المؤجر الفقرة الثالثة من المادة (٢٣) من قانون ايجار العقار ، وهي الحبـــس الشديد مدة لاتقل عن سنتين ولا تزيد على خمس سنوات وبغرامة لاتقل عـــن الف دينار ولا تزيـد على خمسة الاف دينار او باحداهما .

المطلب السادس

الضـــرورة الملجئـــة

اعتبرت الفقرة (ك) من المادة (١٧) من قانون أيجار العقـار النافـذ الضرورة الملجئة التي تخول المؤجر مطالبة المستاجر بتخلية المأجور بقولها :ـ

(اذا استجدت بعد العقد ضرورة تلجئه الى سكنى الدار المأجور بنفسه ولـم تكن له او لزوجته او لاحد اولاده القاصرين دارا اخرى على وجه الاستقـلال يستطيع ان يسكنها في حدود المدينة التي يقيم فيها عادة .... الخ) .

ولكي تطبق هذا النص لابد من وجود عقد أيجار بين طرفي العلاقة المتعاقدية، وقد أودعت نسخة منه لدى دائرة ضريبة العقار استنادا الى لفقرة الرابعة مـة

المادة السابعة من قانون ايجار العقار . ونستطيع ان نتبين من خلال هذا العقد شخصية المؤجر والمستاجر لاعمال هذا السبب من اسباب التخلية .

كذلك فان هذه الضرورة يجب ان تكون (ملجئة) اولا وقد استجدت بعد العقد ثانيا (١) .وهذا يعني ان الضرورة او الحاجة لوحدها لاتكفي لتخلية المأجور ، بل لابد ان تكون باوصاف معينة سماها المشرع (الضرورة الملجئة) . والسؤال هنا ، ما المقصود بالضرورة الملجئة ؟؟

ذهبت محكمة استئناف البصرة الى انه ليس للضرورة الملجئة تعريف شامل وضوابط عامة ، بل ان المسألة نسبية تختلف وتقاس حسب معاييرها وتتغير بتغيير الظروف والملابسات التي تحيطها .(١) ولكن محكمة استئناف منطقة بابل حاولت وضع صورة مصغرة للضرورة الملجئة في محاولة منها لتعريفها بقولها :ـ

(هي ضرورة قصوى وحاجة حقيقية ماسة شديدة تلجيء المؤجر الى شغل داره وهي بعبارة اخرى الضرورة المتحكمة التي فرضت على المؤجر كرها وليس اختيارا .فيجب ان تكون الضرورة الملجئة خارجة عن ارادة طالب التخلية لامجرد رغبة يروم تحقيقها) (٢) .

---

(١)وهذا يعني ان الضرورة الملجئة اذا كانت قبل ابرام العقد فلا يعتد بها واذا كانت بعد العقد فلا بد ان تتاكد المحكمة من وجود مبرراتها في الفترة المحصورة بين ابرام العقد واقامة الدعوى . لذلك ردت المحكمة دعوى المدعي بعد ان تاكدت من عدم وجود أسباب ضرورية تعتبر من قبيل الضرورات الملجئة في الفترة بين ابرام العقد واقامة الدعوى . انظر في ذلك قرار محكمة ايجار عقار الكرخ المرقم (٤٠٢/ت/٩٨٩) في ٩٨٩/٩/٢٤ وقرارها المرقم (٣١٧/ت/٨٩) في ٨٩/٨/١٥ (غير منشور) .

(١) قرار محكمة استئناف منطقة البصرة المرقم (٢٦٦/تب/١٩٨٨١) في ١٩٨١/١٠/٢٦ ، اشار اليه د. عصمت عبد المجيد بكر الضرورة الملجئة ٢٦للسكن ـ دار القادسية للطباعة ـ بغداد ـ ١٩٨٢ .

(٢) قرار محكمة استئناف بابل المرقم (٤٩٠/ح/١٩٧٩) في ١٧٩/١٢/١٣ مجلة الوقائع العدلية ـ العدد (١١) ـ السنة (١) ـ ص ٨٣ ، وقرارها المرقم (٥٤/ح/١٩٨٠) ، مجلة الوقائع العدلية ـ العدد (١٩) السنة (٢) ـص ٢٨٥ .

وقد سار القضاء العراقي في أحدث القرارات الصادرة عنه على هذا المنوال، حيث لا يجوز ان يخلق المؤجر لنفسه ضرورة ملجئة يطالب بسببها بتخلية المأجور (١).

وعلى كل حال فان تقدير الضرورات الملجئة أمر يعود اولا وأخيراً لسلطة القاضي التقديرية ،ويقع عبء اثباتها على عاتق المؤجر الذى يدعيها وله ان يستعين في سبيل اثباتها بجميع طرق الاثبات .

وقد حصر المشرع الضرورة الملجئة بالدار المستأجرة فقط . وهذا يعني ان هذا السبب من أسباب التخلية لاينصرف الى غير الدور المستأجرة كالحوانيت والمخازن والمحلات وغيرها . وكنا نفضل استخدام عبارة (سكنى العقار المأجور) بدل عبارة (سكنى الدار المأجور) ،لان كلمة عقار تعد اشمل ، حيث تضم الشقق السكنية والمشتملات بالاضافة الى الدور السكنية . كما حصر المشرع الضرورة هنا بالمؤجر نفسه دون ان ينصرف ذلك الى أولاده المتزوجين ، كما كان الحال عليه سابقاً في الفقرة (د) من المادة التاسعة من قانون تنظيم أيجار العقار رقم (٦٧) لسنة ١٩٧٣ (الملغى) .ولكي يطبق هذا النص يشترط ان لا يكون للمؤجر او زوجه او أحد اولاده القاصرين دارا اخرى يسكنها في حدود المدينة التي يقيم فيها عادة . ويبدو ان المشرع اعتبر هؤلاء اسرة واحدة ، لذلك فان امتلاك أي منهم دارا في حدود المدينة التي يقيم فيها عادة ينبغي العلة في النص التي اريد فيها سكن المؤجر في المأجور بسبب حاجته الماسة اليه ، فاذا انتفت

---

(١) مثال ذلك طلب المدعي تخلية الدار التي تملكها لكونه يسكن مع افراد عائلته في غرفة واحدة غير مريحة . وقد ظهر للمحكمة ان المدعي عند تملكه لهذه الدار كان يسكن داراً واسعة تعود لوالدته . لذلك تكون الضرورة الملجئة غير متوفرة . قرار محكمة أيجار عقار الكرخ المرقم (٥٠٠/ت/٩٨٨) في ١٩٨٨/٥/٢٩ (غير منشور) . كذلك فان بيع المالك لداره واستئجاره لدار أخرى لا تكفي لعائلته الكبيرة ثم طلب تخلية داره المستأجرة بحجة عدم أمتلاكه دارا لايعد ضرورة ملجئة ،لان هذه الضرورة كانت من خلق المؤجر . قرار محكمة ايجار عقار الكرخ المرقم (١٧٢/تخلية /٩٨٧/٩٨٨ في ١٩٨٧/١١/٨ (غير منشور) .وانظر في نفس الاتجاه قرار محكمة ايجار عقار الكرخ المرقم (٤٠٢/ت/٩٨٩) في ١٩٨٩/٩/٢٤ الذى جاء فيه :ـ(ويظهر للمحكمة بأن المدعي يحاول أن يخلق لنفسه الضرورة الملجئة) .

هذه الحاجة بسبب وجود دار اخرى لهذه الاسرة فلا يبقى مجال لطلب التخلية. لذلك يجب على المحكمة أن تتأكد عند أقامة دعوى التخلية لهذا السبب من عدم امتلاك المؤجر او زوجه او احد أولاده القاصرين دارا على وجه الاستقلال (١). من خلال الاستعانة بدوائر الاحوال المدنية ودوائر التسجيل العقاري المختصة.

التطبيقات التشريعية للضرورة الملجئة

بعد ان وضعت لنا الفقرة ((ك من المادة (١٧) من قانون ايجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ الاساس القانوني العام للضرورة الملجئة ،اوردت لنا بعد ذلك بعض الحالات التي جاءت على سبيل المثال لا الحصر مما يعني جواز القياس عليها (٢).

وسنأتي على شرح هذه الحالات تباعا :ـ

أولا ـ النقل بناء على مقتضيات المصلحة العامة او انتهاء الخدمة

نصت الفقرة (ك ـ ١) من المادة (١٧) من قانون ايجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ على ما يلي :ـ

(اذا كان المؤجر من العاملين في دوائر الدولة او القطاع الاشتراكي (من عسكريين او رجال شرطة او موظفين اوعمال) سواء داخل القطر او خارجه ونقل الى المدينة التي فيها داره بناء على مقتضيات المصلحة العامة او انتهت خدمته لاي سبب كان.)

يشير النص الى حالتين من حالات الضرورة الملجئة احدهما نقل احد الاشخاص الموصوفين في النص بناء على مقتضيات المصلحة العامة الى المدينة

---

(١) فاذا كان المؤجر يملك دارا مشتركة فانه لايعتبر وفقا لهذا النص مالكا لدار اخرى.

(٢)الفقرة (١٥) من المذكرة الايضاحية.

التي يقع فيه ا المأجور ، وثانيهما انتهاء خدمة اي من هـــؤلاء دون تحديـد اسباب ذلك (١) ٠

وعلى هذا الاساس فان النقل يجب أن يكون بناء على مصلحة الدائـرة التي يعمل فيها الشخص المنقول ،وليس على طلبه هو ، على الرغم هـن اننـا نسلم بحقيقة لا مناص منها ،وهي أن النقل يتم دائما بناء على ما يحقق مصلحة الدائرة التي يعمل فيها الموظف ،حتى وان كان الطلب قد قدم من قبلـه ، حيث ان هذا الطلب لايلـزم الدائرة اذا كان يتنافـى مع مصلحتها التـي تعتبر اهم واشمل من المصلحة العامة ٠

كذلك فان النقل يجب ان يكون الى المدينة التي يقع فيها المأجور (١) ، أما اذا كان النقل الى مدينة اخرى حتى ولو كانت قريبة من المدينة التي يقع فيهـا المأجور فلا يطبق النص (٢) ٠

ومما يلاحظ بمناسبة تطبيق هذا النص ان الموظف قد ينقل بناء علـى مقتضيات المصلحة العامة الى مدينة يقع فيها المأجور العائد لزوجته وقد سـار القضاء العراقي على اعطاء الزوجة المؤجرة حق طلب تخلية المأجور لـهـذا السبب بغية السكن فيه مع زوجها ما داما لايملكان دارا اخرى ، باعتبـار ان

---

(١) ونذكر بأن قرار مجلس قيادة الثورة المرقم (١٥٠)في ١٩٨٧/٣/١٩ المشار اليه سابقا ، قد اعتبر جميع العمال في دوائر الدولة والقطاع الاشتراكـي موظفين يتساوون معهم في الحقوق والواجبات ، علما بان نص الفقرة (ك/١) لا يشمل العمال في القطاع الخاص ٠

(١) أستخدام النص كلمة (دار) وقد يكون المأجور شقة سكنية او مشتملا ٠

(٢) قرار محكمة استئناف بغداد المرقم (٢٥٩٠/ حقوقية /٩٧٩) فـي ١٩٧٩/١٢/٤ ــ الوقائع العدلية ــ السنة الثانية ــ العدد ــ ١٤ ــ نيسان ١٩٨٠ ــ ص ١ ١ ٠ وأنظر القرارات القضائية التي اشار اليها د٠ عصمت عبد المجيد بكر ــ احكام تخلية المأجور ــ المصدر السابق ــ ص ١٤٩ هامش ٩٣ ٠

الزوج والزوجة والاولاد القاصرين يشكلون اسرة واحدة (٣) ·وقد يحصل لعكس اى ان المنقول بناء على مقتضيات المصلحة العامة هي الزوجة بينما تعود ملكيـة المأجور الى الزوج مما يعني جواز تطبيق نفس الحكم في هذه الحالة · ومـــن الجدير بالملاحظة أن نص الفقرة (ج-١) من المادة (١٧) لـم يوضح لنا هـــذا الامر بشكل جلي على الرغم من ان اتجاه القضاء العراقي ينسجم - كما نعتقد - مع المنطق القانوني والعملي ، الا أن تعديل هذا النص بما يحقق مقتضياتـــه قد يعد أمرا ضروريا يجعلنا بعيدين عن الاجتهادات القضائية والاختلاف فـي اصدار القرارات ·

وعلى كل حال فان اولى مهمات القاضي الاساسية التأكد من طبيعة نقـــل الموظف وانه تم بناء على مقتضيات المصلحة العامة · ويحصل ذلك مـن خـــلال طلب نسخة من الامر الاداري او طلب اضبارة الموظف برمتها ان كان الامـــر يقتضي ذلك ·

وفي حالة نقل الموظف الى مدينة يمتلك فيها عدة دور ، نرى أن من حق المؤجر اختيار الدار التي يشاء ،ولا يستطيع المستاجر الاعتراض على ذلك لسببين :- اولهما ان النص جاء مطلقا وغير مقيد بشروط وثانيهما ان هذا الاختيـــار يعتبر - في تقديرنا - مسالة شخصية تتعلق بالمؤجر وظروفه ومايناسبه ولذلك لايجوز أن نحمل النص اكثر مما يحتمل باعطاء المستاجر حق الاعتراض على هذا الاختيار من أجل ان يختار المالك دارا اخرى يعتقد انها اصلح له· والحالـة الثانية التي عالجها النص انتهاء الخدمة لاى سبب كان كالتقاعـــد والفصل والاعتزال والاستقالة · وقـد حاول المشرع هنا أتاحة الفرصة امـــام الموظف الذى تنتهي خدمته للاستقرار في المدينة التي يملك فيهـــا دارا للسكن سواء كانت المدينة التي يقيم فيها عادة عند انتهاء خدمته أو كانت مدينة اخرى

(٣) قرار محكمة استئناف بغداد رقم (٢٢٤٢/ حقوقية /٩٧٩ في٩٧٩/١١/٧- الوقائع العدلية - السنة الثانية - العدد الثامن - كانون ١٩٨٠ -ص ١١ ·

كمسقط رأسه . ويصح هذا التطبيق بشكل خاص بالنسبة للموظف الذى يسكن دارا حكومية بسبب وجوده في العمل الوظيفي ، ولابد له من اخلائها بسبب تركه النشاط الرسمي .

ثانيا ـ عودة المؤجر من الخارج بعد انتهاء مهمته العلمية او الوظيفية

عالجت الفقرة (ك) من المادة (١٧) من قانون ايجار العقار النافذ حالة اخرى من حالات الضرورة الملجئة تخص عودة المؤجر الى المدينة التي تقع فيها الدار المستاجرة بعد انتهاء مهمته العلمية او التدريبية والوظيفية . وقد تمثل ذلك في البندين الثاني والثالث من الفقرة (ك) التي تقول :

(٢ ـ اذا كان المؤجر ممن ذكروا في لفقرة السابقة وانهى دراسته او تدريبه خارج العراق وعاد الى المدينة التي تقع فيها داره .

٣ ـ اذا كان المؤجر موظفا معارة خدماته الى خارج القطر او طالب بعثة او زمالة او اجازة دراسية او طالبا يدرس في الخارج بموافقة الحكومة العراقية وعاد الى المدينة التي تقع فيها داره بعد انتهاء مهمته الوظيفية او العلمية .)

ويبدو واضحا من النص الاول انه يشمل المؤجر اذا كان من العاملين في دوائر الدولة او القطاع الاشتراكي من عسكريين او رجال شرطة او موظفين بعد أن ينهي دارسته او تدريبه خارج العراق وليس داخل العراق . ولم يحدد لنا النص مدة الدراسة او التدريب التي يستطيع معها المؤجر ممارسة حقه في طلب التخلية . والشيء الاخر الذى يشير اليه نص الفقرة (ك-٢) هو أن العودة يجب أن تكون الى المدينة التي يقع فيها المأجور . وهذا يعني عدم كفاية العودة الى الوطن ، أذ ربما تكون هذه العودة الى مدينة اخرى غير تلك التي يقع فيها المأجور ، وبذلك تنتفي العلة من وجود هذا النص التي اريد فيها توفير السكن للدارس او المتدرب العائد الى الوطن وتخليصه من جهد كبير سببه البحث عن مسكن يطمان اليه .

ثـم جاء نص الفقرة (ك-٣) متمما لنص الفقرة السابقة فاعطى الحق للموظف المعارة خدماته الى خارج القطر في ان يطالب بتخلية داره بعد انتهاء مهمتـــه الوظيفية وعودته الى المدينة التي تقع فيها الدار المستاجرة (١) ·ويبدو واضحا عدم شمول النص للموظف المعارة خدماته داخل القطر ، ولا يشمل ايضا ايفاد الموظف الى الخارج للعمل هناك ، مما اعتبره البعض بحق نقصا في النص يجـب تلافيـه (٢) ·

ويشمل نص الفقرة (ك-٣) طالب البعثة الذى يدرس على حساب الحكومـة العراقية والمتمتع بزمالة قد تكون دراسية او تدريبية ، كذلك المتمتع بـاجـازة دراسية قد تخصص للدراسة في احدى الجامعات العربية أو الاجنبية · واضـاف النص حالةجديدة،حيث يشمل بحكمه الدارسين خارج العراق بموافقةالحكومةالعراقية ويواصلون دراستهم على نفقتهم الخاصة · وتعد هذه التفاتة يحمد عليهـــا المشرع تشجيعا للدارسين على حسابهم الخاص بعد حصولهم على الموافقـــات الاصـوليـــة ·

ويشترط دائما بالنسبة لمن اشارت اليهم الفقرة (ك-٣) العودة الى المدينـــة التي تقع فيها الدار المستاجرة ، ولا يكتفي بالعودة الى الوطن فقط · كذلك لابد من انتهاء المهمة الوظيفية او العلمية · وهذا يعني ان العـودة قبل ذلـــك لا يمنح المؤجر حق المطالبة بالتخلية ·

ويبدو للقارى ببساطة ضرورة البندين (٢،١) من الفقرة (ك) في بند واحـــد بعد التنسيق بينهما دفعا للتكرار الذى لامبرر له ونقترح ان يكون النـــــص بالشكل التالي :ـ

---

(١) وقد اجاز قرار مجلس قيادة الثورة المرقم (١٢٥٧) في ١٩٧٨/٩/٢٤ اعارة خدمات الموظف للعمل في الاقطار العربية والمجالس والمنظمات والمؤسسـات والشركات المتتركة العربية والاجنبية والدولية ـ نشر القرار في الجريـدة الرسمية ـ العدد (٢٠٧) في ١٩٧٨/١٠/٩ ·

(٢) د· عصمت عبد المجيد بكر ـ احكام تخلية الماجـور ـ المصدر السابـــق ص ١٥٩ ·

واذا كان المؤجر ممن ذكروا في الفقرة السابقة او كان موظفا بمهمة خدماته الى الخارج او طالب بعثة أو زمالة دراسية او طالبا يدرس في الخارج بموافقة الحكومة العراقية الى المدينة التي تقع فيها داره بعد انتهاء مهمته الوظيفية او العلمية او التدريبية .) (١)

ثالثا ـ حالة المؤجر العسكرى

اضاف البند (٤) من الفقرة (١٧) حالة جديدة من حالات الضرورة الملجئة خص فيها المشرع المؤجر اذا كان عسكريا بالقول :ـ

(اذا كان المؤجر من العسكريين واخطر باخلاء الدار او الشقة الحكومية التي يسكنها ،بامر منجهة مخولة بذلك ،او باخلاء الدار التي يشغلها بصفة مستاجر ، تنفيذا لحكم بالتخلية مكتسب درجة البتات) .

ويبدو لنا ان هذه الحالة كانت تخضع للقاعدة العامة التي وضعتها الفقرة (ك) من المادة (١٧) ،بمعنى ان توفر هذه الاسباب المشار اليها في البند (٤) قد يدفع القاضي اساسا للحكم بالضرورة الملجئة بغض النظر عن صفة المؤجر اى سواء كان المؤجر عسكريا ام مدنيا . وتعد هذه الحالة تطبيقا قضائيا للضرورة الملجئة . ولكن اهتمام المشرع المتزايد بالعسكرى واعطائه بعض المزايا التي تتفق مع طبيعة مهامه ،دفع المشرع الى نقل هذه الحالة من مرتبة التطبيقات القضائية التي تخضع لسلطة القاضي التقديرية الى مرتبة التطبيقات التشريعية التي تنحسر فيها سلطة القاضي الى حد بعيد .

---

(١) ومن القرارات القضائية الحديثة بهذا الشان ما جاء بقرار محكمة ايجار عقار الكرخ المرقم (٤٠٩/ت/١٩٨٩) في ١٩٨٩/٧/١٠ (غير منشور) الذى يقول :ـ (ثبت للمحكمة تحقق الضرورة الملجئة للمدعي بسبب سفره في اجازة دراسية في الخارج وبموافقة الحكومة وعودته بعد انتهاء مهمته العلمية استنادا الى كتاب مرجعه الرسمي المبرز من قبله ... الخ .)

(٢) وقد حصلت هذه الاضافة بموجب القانون رقم (٨٥) لسنة ١٩٨٢ المنشور في الجريدة الرسمية بعددها المرقم (٢٩٠١) في ١٩٨٢/٩/١٣ .

ولكي يطبق هذا النص لابد من الالتفات الى ضرورة تحقق شروطـه ، في ان يكون المؤجر عسكريا ، وقد اخطر باخلاء الدار او الشقة التي يشكنها من جهة مخولة بذلك (١) ·ولا شك بان المحكمة ستتاكد من هذا الاخطار اولا ، ومـــن الجهة المختصة المخولة باصداره ثانيا ،من خلال طلب نسخة من الاخطار ·والحالة الثانية التي أشار اليها النص ، حالة اخلاء الدار التي يشغلها العسكرى بصفة مستاجر ،تنفيذا لحكم بالتخلية مكتسب درجة البتات (٢)· وهذا يعني انـــه لايكفي مجرد اقامة دعوى التخلية على المؤجر العسكرى او حتى صدور حكـــم بالتخلية ،بل لابد ان يكتسب هذا الحكم درجة البتات ، بأستنفاذ طرق الطعن القانونية ،ثم ايداع هذا الحكم دائرة التنفيذ المختصة ·(٣)

رابعا ــ ايلولة المأجور للسقوط

يعتبر العقار ايلا للسقوط حينما يشكل من الناحية العمرانية خطـرا علـى حياة الساكن والجار وعابر السبيل على حد سواء · وقـد اعتبرت الفقرة (ل) من المادة (١٧) ايلولة المأجور للسقوط سببا من اسباب التخلية · وكانت الفقرة (و) من المادة التاسعة من القانون رقم (٧) لسنة ١٩٧٣ (الملغى) تنص علـــى الدار والشقة والمشتمل ·

---

(١) نفضل استخدام عبارة اخطر باخلاء العقار الذى يسكنه بدل هذا لتعداد ·

(٢) نفضل هنا ايضا استخدام كلمة (عقار) بدل دار ، اذ ان العقار يشـــمل ما يلي :ـ

(٣) د· عصمت عبد المجيد ــ احكام تخلية المأجور ــ ص ١٦٢ ·

(اذا ثبت بموجب وثيقة رسمية صادرة عن دائرة البلدية التي تقع الدار في حدودها ان الدار المستاجرة اصبحت ايلة للسقوط ـ ويخشى منها على سلامة المواطنين) .(١)

ويلاحظ بان نص الفقرة (ل) جاء موجزا ولم يوضح الكثير من الامور الضرورية وخصوصا ما يتعلق منها بكيفية اثبات ايلولة الماجور للسقوط ومتى يعتبر ذلك مصدرا للخطر سواء على الساكنين فيه او على العقارات المجاورة او على المواطنين بشكل عام . لذلك نقترح وضع النص التالي .

(اذا اصبح الماجور ايلا للسقوط ويخشى منه على سلامة المواطنين بموجب وثيقة رسمية صادرة عن جهة مختصة). ويمكن ان تكون هذه الجهة البلدية التي يقع العقار في حدودها ، حيث يؤيد المهندس المختص فيها ايلولة العقار للسقوط ،كذلك يمكن ان تكون هذه الجهة المحكمة المختصة بعد اجراء الكشف الموقعي للعقار للتاكد من حالته ، حيث تستعين المحكمة في مثل هذه الاحوال بمعرفة اهل الخبرة بالاضافة الىقناعتها(٢).

ولا يشترط لتطبيقهذا النص انقضاء مدة عقد الايجار ،كذلك لا يشترط قيام المالك ببناء العقار الايل للسقوط بعد هدمه ، ولا يلزم من الناحية القانونية اعادة تأجيره للمستأجر السابق .

والسؤال الذى طرحه الشراح والمتخصصون في هذا الميدان هو :ـ هل يشترط طلب الاخلاء لهذا السبب ممن يملك العقار فقط ،أم يجوز للمؤجر غير المالك طلب الاخلاء ايضا ؟

---

(١) ومن الملاحظ ان هذا النص يعتور القصور لجملة اسباب ،منها انه أشار الى الدار المستاجرة فقط، في حين كان يجدر الاشارة الى المأجور بشكل عام ، لان الايلولة للسقوط وخطورتها لاتقتصر على الدار المستاجرة فقط بل تتعداها الىكل لعقارات المستاجرة لاغراض اخرى سواء اعدت اساسا للسكن او لم تكن كذلك . وقد خصص هذا النص ايضا الحصول على وثيقة رسمية بدوائر البلدية فقط ،وفي ذلك تطبيق لا مبرر له ، على الرغم من ان دوائر البلدية قد تكون الاقرب الى هذا الموضوع من غيرها ،الا اننا يجب ان لاننسى دور القضاء الفاعل في أمكانية اثبات حالة الماجور .

(٢) انظر قرارمحكمة استئناف منطقة بغداد بصفتها التمييزية المرقم (٤٧٢٣/ حقوقية / ٩٨٠) في ١٩٨٠/١٢/١٦ . اشار اليه المحامي سعد خليل الراضي ـ المصدر السابق ـ ص ١٦٤ .

د ب راى الى ان ازالة العقار او تدعيمه ، يعد صورة من صور التصرف في
ملك لا يأتيها الا المالك ، ولذلك فلا يجوز طلب الاخلاء لهـذا السبب الا مـن
المالك . ويدعم هذا الرأى موقفه بنص المادة (٥٩) المعدل من نظام الطـرق
والابنية رقم (٤٤) لسنة ١٩٣٥ التي تستخدم عبارات (صاحبه) اى صاحـب
العقار و (صاحب الملك) (١) . ولكن هناك من يعتقد بأن للمؤجر ولو لـم يكـن
مالكا الحق في طلب الاخلاء ايضا لان مسؤوليته عما يمكن ان يصيب المستاجـر
من ضرر بسبب عدم تنفيذالتزامه بصيانة الماجور هي مسؤولية عقدية . فلاجل
ان يدفع عنه هذه المسؤولية ، يجب ان يسمح له بالمطالبة بالتخلية (٢) .

واذا كان العقار مملوكا لعدة اشخاص ، يرى البعض بأن طلب الاخلاء يجـب
ان يقدم منهم جميعا ، الا أن يكون احدهم مفوضا بذلك من الباقين باتفاق او
بمقتضى حكم قضائي او نص قانوني (٣) بينما لايميل اتجاه اخر الى ذلك ويرى
فيه خطرا من الناحية الواقعية لما في العقار الايل للسقوط من خطر على سلامة
السكان ، فضلا عن ان طلب الاخلاء لاحتياج العقار الى الترميم يعتبر من اعمال
الحفظ التي يجوز لكل شريك في الشيوع أن يتخذها ، ولو كان ذلك بغيـــر
موافقة الشركاء (٤) .

---

(١) كاظم الشيخ جاسم ـ قواعد أيجار العقار ـ ص ١٧٣ .
(٢) د. سعدون العامرى ـ ص ٣٤٧ .
(٣) كاظم الشيخ جاسم ـ نفس المصدر ـ ص ١٧٣ .
(٤) د. سعدون العامرى ـ ص ٣٤٧ .

فهرست الكتاب الثاني

عقــــد الايجــــار

الفصــــــل التمهيــــدى

أهمية عقد الايجار وخصائصــــــــة

الباب الاول

اركان عقــــد الايجــــار

الباب الثامن

آثار عقـد الايجـار

اهم مصادر الكتاب الثاني

عقـــد الايجـــار

١ ـ برهام محمد عطا الله ـ الوسيط في قانون ايجار الاماكن ـ مؤسسة الثقافة الجامعية بالاسكندرية ـ بلا سنة طبع

٢ ـ توفيق حسن فرج ـ عقد الايجار ـ الدار الجامعية ـ بيروت ١٩٨٤

٣ ـ حسن عداي الدجيلي ـ شرح قانون ايجار العقار ـ ط١ ـ ١٩٨٣

٤ ـ رمضان أبو السعود ـ دروس في العقود المسماة ـ عقد الايجار في القانون المدني المصري واللبناني الدار الجامعة ١٩٨٦ .

٥ ـ زكية عبد الفتاح ، جعفر الفضلي ـ الجوانب الاجتماعية والقانونية للعلاقات الايجارية في ضوء قانون ايجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ ـ

ـ وزارة العدل ـ مركز البحوث القانونية سنة ١٩٨٤

ط٣ ـ مطبعة العاني ١٩٧٤ .

ـ الوجيز في شرح العقود المسماة ـ جـ١ ـ عقد الايجار ـ

٧ ـ سمير عبد السيد تناغو ـ عقد الايجار ـ الدار الجامعية ـ ١٩٨٤ .

٨ ـ سعد خليل الراضي ـ شرح قانون ايجار العقار ـ ط١ ـ ١٩٨٣ .

٩ ـ سليمان مرقس ـ عقد الايجار ـ ط٣ ـ ١٩٦٨ .

١٠ ـ سليمان مرقس ـ المطول في شرح عقد الايجار ١٩٥٤ .

١١ ـ شاب توما منصور ـ القانون الاداري ـ الكتاب الاول ـ ط١ ـ دار العراق للطبع والنشر ١٩٧٩ ـ ١٩٨٠ .

١٢ ـ صاحب عبيد الفتلاوي ـ ملاحظات في قانون ايجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ العدل ـ مجلة العلوم القانونية ـ المجلد السابع ـ العدد الاول والثاني ١٩٨٨.

الكتاب الثالث

عقد المقاولة

تمهيـــد :

التعريف بعقد المقاولة واهميته وخصائصه وتكييفه وتمييزه عما يشتبه به من عقود اخرى .

تناول القانون المدني العراقي احكام عقد المقاولة في الفرع الاول من الفصل الاول في الباب الثالث من الكتاب المخصص للعقود المسماة الواردة علـــــى العمل المعنون (عقد المقاولة والاستصناع) .وقد خصص له المشـــرع سبعـــة وعشرون مادة من المادة ٨٦٤ـ٨٩٠ .فعرف عقد المقاولة في المادة (٨٦٤) وفـي الفقرة الثانية من المادة ٨٦٥ عرف عقد الاستصناع ،ثـم تناول التزامـــات المقاول في المواد من (٨٦٦ـ٨٧٢) . وتناولت في المواد من (٨٧٣ـ٨٨١) التزامات رب العمل . ثم بعد ذلك تكلم عن احكام المقاولة من الباطن (المقاول الثانوى)(١) في المادتين (٨٨٢ و ٨٨٣)، ثم تناول اخيرا الاسباب التي ينتهي بهـا عقــــد المقاولة في المواد من (٨٨٤ـ٨٩٠) .وسوف نسير في دراستنا لعقد المقاولة علـى هـذا النهج . فندرسها في ثلاثـة ابواب نخصص الباب الاول للكلام في اركان عقد المقاولة .وفي الباب الثاني نبحث في آثـار عقد المقاولة ،وفي الباب الثالـث نبحث في أسباب انتهاء المقاولة .على أن يسبق ذلك تمهيد موجز في التعريـــف بعقد المقاولة واهميته وخصائصه وتكييفه القانوني وتمييزه عما يشتبه بـــه . من عقود اخرى .

اولا : تعريف عقد المقاولـــة

عرفت المادة ٨٦٤ من القانون المدني العراقي بأنه (المقاولة به يتعهد احـــــد الطرفين ان يصنع شيئا او يؤدي عملا لقاء اجر يتعهد به الطرف الاخر).

---

(١) ويسمى ايضا ب(المقاول الفرعي) او (مقاول المقاول) كمـــا يطلق عليه المشرع العراقي .

يخلص من هذا التعريف أن لعقد المقاولة عدة خصائص يمكن أجمالها فيمـــا يأتـــي :

١ - عقد المقاولة عقد رضائي لا يشترط في انعقاده شكل معين ، فيجوز ابرامه بالكتابة أو مشافهة ، والكتابة لا ضرورة لها الا في اثبات المقاولة (١) ٠
ويسمى الطرف الذى يؤدي العمل لحساب الغير (المقاول) ويسمى الطرف الاخر (رب العمل) ٠

٢ - انه عقد ملزم لجانبين ،فالمقاول يلتزم بأتمام العمل ثـم تسليمه ويقـــع عليه الضمان ، ورب العمل يلتزم بتسلم العمل بعد اتمامه وبدفع الاجر ٠

٣ - انه عقد من عقود المعاوضة ٠

٤ - يقع التراضي في عقد المقاولة على عنصرين هما الشيء المطلوب صنعـه أو العمل المطلوب تاديته من المقاول وهو احد المتعاقدين والاجر الذى يتعهـد به رب العمل وهو المتعاقد الاخر ٠

٥ - انه عقد وارد على العمل : فالاداء الرئيسي في العقد مطلوب مـــن المقـاول وهو القيام بعمل معين ٠

ثانيـا : اهميـــة عقـــد المقاولـــة

لم تعرض مجلة الاحكام العدلية والتي كانت مطبقة قبل صدور القانون المدني لعقد المقاولة تحت هذا العنوان ، وانما عرضت له في احد فصول الباب السابـع من كتاب البيوع ، وفي بعض نصوص متفرقة من كتاب الاجارة ٠ فـاذا قـــدم الصانع العمل والعين معا انعقد البيع استصناعا وطبقت عليه أحكام البيع ،واذا كانت العين من المستصنع ، كان الصانع اجيرا مشتركا وطبقت عليه احكـــام الاجارة ٠

---

(١) عبد الرزاق السنهوري ـ الوسيط في شرح القانون المدنـــي ـ جـ٧ ـ ص٦
محمد كامل مرسي ٠ العقود المسماة ـ جـ٤ ـ ص ٤٧٥ ٠

وكان القصد من ذلك ، وقت وضع المجلة ، تنظيم العلاقة القانونية بيـــن مستصنع وصانع يعهد اليه بعمل ما ، فكان وضع الصانع بالنسبة للمستصنع اقرب ما يكون الى العامل بالنسبة لرب العمل .

ولكن هـــذا النظر اصبح غير متلائم مع الحاجـــات الحاضرة والتطورات الاقتصادية الحديثة ، فقد تعددت اشكال المقاولة وصورها ،وزاد حجمها زيادة ضخمة لها اثرها في اقتصاد البلاد ، وفي اوضاع العاملين في هذا القطاع ،ووجب ان ينظم عقد المقاولة تنظيما شاملا ،يتفق مع اهميته الاقتصادية والاجتماعيـــة ، ويواجه جميع الصور المختلفة للمقاولات ،ممـا حـــدا بالدولـــة الى اصدار تشريعات خاصة تنظم عقد المقاولة في القطاع الاشتراكي ، كالشروط العامـــة لمقاولات الاعمال الهندسية المدنية وتعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريـــع اعمـــال خطة التنمية القومية وغيرها .

ويا حبذا لواعدت الدولة تشريعات تنظم اعمال عقد المقاولة لمشاريع الدولة والقطاع الاشتراكي لمـا لهذا العقد من اهمية لا يلبي القانون المدني الحالـــي الحاجة الملحة لمثل هذا العقد .

ثالثـــا : التكييف القانونـي لعقد المقاولة :ـ

في فرنسا ظل عقد المقاولة مختلطا بعقدي الايجار والعمل كما كان من قبل في ظل القانون الروماني فبقيت العلاقة في هـذا العقد علاقـة صانـــع بمستصنع بالنسبة للاعمال اليدوية لاقتراب مركز الصانع بالنسبة للمستصنع من مركـز العامل الى رب العمل . اما بالنسبة للاعمال العقلية التي تكون محلا للمقاولـة فقد اعتبرها القضاء الفرنسي عقود وكالة لينفي عن أصحابها صفة الاجير لرب العمل . (١)

---

(١) السنهوري ـ المصدر السابق ـ ص ١٦ ـ ١٧

وإذا كانت هذه النظرة اصبحت لا تتمشى مع مقتضيات الحاجات الحاضرة ازاء تعدد اشكال المقاولة وصورها في العمل مما يستوجب مرونة التنظيم القانوني لهذا العقد بحيث ينسجم مع الحالات المختلفة (١) ، فقد انفصل عقد المقاولة في معظم التشريعات المدنية الحديثة عن عقدى الايجار والعمل وهذا أمر بديهي ، اذ بينما يرد عقد الايجار على منفعة الشيء ترد المقاولة على العمل ،واذا كان كلا من عقدى العمل والمقاولة يردان على العمل ،فان الاول يرد على العمل في ذاته اما الثاني فيرد على نتيجته (٢) .

ومن الجدير بالذكر انه لكي يصف القاضي عقدا بانه مقاولة يجب أن يتبين له بعد تفسيره أن الغرض الاساسي والهدف الحقيقي الذى اتجهت اليه أرادة المتعاقدين هو قيام احدهما مستقلا وباسمه بانجاز عمل معين لحساب المتعاقد الاخر في مقابل اجر ، فهاتان الخصيصتان ، القيام بالعمل مستقلا ، وكون العمل يتم في مقابل اجر ، تميزان عقد المقولة عن غيره من العقود التي تشتبه به في حالات خاصة كالبيع والايجار والعمل والوكالة وعقود اصحاب المهن الحرة وعقد الاشغال العامة والوديعة والشركة (٣) .

رابعا : تمييز عقد المقاولة عن غيره من العقود :

أن الخصائص التي ذكرناها لعقد المقاولة تجعل هذا العقد يتميز عن غيره من العقود ، ومع ذلك قد يلتبس عقد المقاولة بعقود أخرى التي قد تشتبه به في حالات خاصة ، كما نرى فيما يلي :ـ

---

(١) المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصرى (مجموعة الاعمال التحضيرية) جـ٥ ـ ص٥ و ٦ .

(٢) فتيحة قرة ـ احكام عقد المقاولة ـ ص ٢٠ ،كمال قاسم ثروت ـ عقد المقاولة ـ جـ١ ص ٦ و ٧ .

(٣) محمد لبيب شنب ـ شرح احكام عقد المقاولة ـ ص ١٤ .

١ – تمييز المقاولة من البيع

لا صعوبة في التمييز بين المقاولة والبيع في حالة ما اذا قدم رب العمل المادة واقتصر المقاول على تقديم عمله فقط (م ٨٦٥ /١) من القانون المدني العراقي. فلا شك في أن العقد في هذه الحالة هو عقد مقاولة لاشبهه فيه . وانما تقوم الشبهه في حالة ما اذا قدم المقاول العمل والمادة معا (م ٢/٨٦٥) من القانون المدني العراقي ،كأن يتعاقد شخص مع تجار على أن يصنع له اثاثا ويقدم النجار الخشب من عنده . فهل يبقى العقد في الحالة المتقدمة عقد مقاولة او يكون عقد بيع واقع على شيء مستقبل هو الاثاث بالنسبة للنجار ؟

حيث أن القول بأن العقد مقاولة او بيع شيء مستقبل له اهميته العملية (١)

---

(١) وتتبين هذه الاهمية في الوجوه التالية :ـ

١ ـ لرب العمل أن يتحلل من عقد المقاولة ويقف التنفيذ في اى وقت قبل تمامه على أن يعوض المقاول (م ٨٨٥) / مدني) ،أما البيع فهو ملزم لا يجوز التحلل منه بارادة احد الطرفين المنفردة .

٢ ـ في لبيع تسرى الفوائد عن الثمن من يوم اعذار المشترى بدفعه او من يوم تسليم المبيع اليه اذا كان قابلا لانتاج ثمرات او ايرادات اخرى (م ٥٧٢/١ مدني) اما في المقاولة فلا يستحق المقاول فوائد على الاجر المستحق له الا من يوم المطالبة القضائية طبقا للقواعد العامة .

٣ ـ للبائع حق امتياز على المبيع ولو كان منقولا ،أما في المقاولة فلا امتياز المقاول الا اذا كان العمل تشييد بناء او منشأت اخرى (م ١٣٧٩ / مدني)

٤ ـ في البيع لابد من الاتفاق على الثمن والا كان البيع باطلا ،أما في المقاولة فاذا لم يحدد الاجر لم تكن المقاولة باطلة ، ويرجع في تحديدها الى قيمة العمل ونفقات المقاول (م ١/٨٨٠ مدني) .انظر السنهوري ـ المصدر السابق ـ ص ٢٣ ـ ٢٤ هامش ٣، محمد لبيب شنب ـ ص ١٥ هامش ١ .

اختلفت الاراء في هذه المسألة (١) ولكن الرأي الراجح والذى اخذ به معظم الفقهاء ،ونميل الى الاخذ به ، هو الذى يذهب الى أن العقد يكون مقاولة او بيعا بحسب نسبة قيمة المادة الىقيمة العمل (٢) .فاذا كانت قيمة العمل تفوق كثيرا قيمة المادة ،فالعقد مقاولة ،أما اذا كانت قيمة المادة تفوق كثيرا قيمة العمل ، فالعقد بيع (٣) .

٢ـ المقاولة والعمل

يتحد عقد المقاولة مع عقد العمل في أن كلا منهما يرد على العمل ، الا أن القواعد التي يخضع لها احد العقدين تختلف اختلافا جوهريا عن القواعد التي يخضع لهما العقد الاخر ، وبخاصة في تحمل التبعة حيث يتحملها المقاول ولا ولا يتحملها العامل . وفي الخضوع لتشريعات العمل المختلفة .

أن معيار التفرقة بين عقد المقاولة وعقد العمل هو انه في عقد العمل يكون رب العمل مسؤولا عن العامل مسؤولية المتبرع عن التابع ،لان العامل يخضع لادارة رب العمل واشرافه ، أما في عقد المقاولة ، فان المقاول لايخضع لادارة رب العمل واشرافه ،بل يعمل مستقلا عن رب العمل طبقا لشروط العقد المبرم بينهما (٤) .

---

(١) انظر في تفصيل هذه الاراء ، السنهورى ـ المصدر السابق ـ ص ٢٤ـ٢٧ . محمد لبيب شنب المصدر السابق ـ ص ١٦ـ٢٣ .

(٢) وهذا الرأى يستند الى القاعدة التي تقضي بان الفرع يتبع الاصل .

(٣) السنهورى ـ المصدر السابق ـ ص ٢٦ـ١٧ ،محمد لبيب شنب المصدر السابق ـ ص ١٩ .

(٤) السنهورى ـ المصدر السابق ـ ص٨ ، محمد كامل مرسي ج٤ ص ١٩ـ٢٤ لمزيد من التفاصيل .

٣ – المقاولة والايجـــار

عقد المقاولة يرد على العمل ، بينما عقد الايجار يرد على الانتفاع بالشــــيء المؤجـــر .

ومع ذلك فقد يصعب احيانا تحديد ما اذا كان العقد مقاولة ام ايجار ، اذ قد يستخدم المقاول في أداء عمله بعض أشياء ينتفع بها رب العمل بطريــق غيـــــر مباشر مما يحدث معه في كثير من الفروض تداخلا ملموسا بين عقد المقاولة وعقد الايجار ، ويضرب الفقه امثلة عديدة لهذا التداخل كما هو في حالة العقد المبرم بين المستهلك ومصلحة اسالة الماء والكهرباء . (١)

٤ – المقاولــة والوكالــة

تتفق المقاولة والوكالة في أن كلا منهما عقد يرد على العمل يؤديه المقـــاول او الوكيل لمصلحة الغير . ولكنهما يختلفان في كون محل الوكالة تصرف قانوني في حين انه عمــل مــادي في المقاولة ، ويترتب على هذا الاختلاف ان المقاول وهو يؤدي العمل المادي لمصلحة رب العمل لاينوب عنه وانما يعمل مستقلا وباسمــه الخاص ، اما الوكيل وهو يقوم بالتصرف القانوني لمصلحة موكله يكون نائبا عنه ويمثله في التصرف الذي يقوم به فينصرف اثــر هذا التصرف الى الموكــل . وللتمييز بين المقاول والوكالة اهمية عملية تظهر فيما يأتي :

أ – لايخضع المقاول لاشراف رب العمل ولا يكون تابعا له اما الوكيل فيعمــل في كثــير مــن الاحيان باشراف الموكل وفي هذه الحالة يكون تابعا لــه ويكــون الموكل مسؤولا عنه مسؤولية المتبوع عن التابع

(١) محمد لبيب شنب – المصدر السابق – ص ٢٣ :السنهوري – المصدر السابق ص ٧–٨ .

٢ ـ المقاولة تكون دائما باجر ، امـا الوكالة فقد تكون باجر او بدون اجر .

٣ ـ التصرفات التي يجريها المقاول لاينصرف اثرها الى رب العمل ، امـــا الوكيل فلانه ينوب عن الموكل يلزمه بتصرفاته ، وينصرف اثـر هـــذه التصرفات مباشرة الى الموكل .

٤ ـ يتحمل المقاول وحده الضرر بسبب تنفيذ العمل . اما الوكيل ،فالموكل يكـون مسؤولا عـما اصـاب الوكـيل مـن ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيـذ الوكالة تنفيذا معتادا (١) (م/ ٢/٩٤١ مدني) .

المقـــاولة والوديعـــة

المقاولة ترد على عمل يقوم به شخص لاخر ، امـا الوديعة فترد على نـــوع معين مـن العـمل هو حفظ الشيء لمصلحة المودع ورده اليه عينا .

والاصـل في الوديعة ان تكون بغير اجر (م ٩٦٨ مدني) ،وأذا اتفق على اجـر فهو عادة اجر زهيد يكافيء ما بذله المودع عنده من جهد في حفظ الوديعة دون ان يبغي كسبا مـن وراء ذلك فهو ليس بمضارب ، أما المقاولة فهي عقد مـن عقـود المضاربة يبغي المقاول من ورائها الكسب ،ومن ثـم تكون المقاولة دائما باجر . ومن اجـل ذلك تكون مسؤولية المودع عنده اخف مـن مسؤولية المقاول ، ولكل من المودع والمودع عنده ان يتحلل من العقد قبل انقضاء اجله ما لم يكن الاجـل في مصلحة الطرف الاخر (م٩٦٩ مدني) اما المقاولة فالتحلل منها مقيد بالتعويض (م٨٨٥) .

---

(١) السنهوري ـ المصدر السابق ـ ص١٤ ـ ١٥ محمد كامل مرسي ص٤٧٥ـ ٤٧٨ .

٦ - المقاولة والشركة

الشركة عقد به يلتزم شخصان او اكثر بان يساهم كل منهم في مشروع اقتصادي بتقديم حصة من مال او عمل لاقتسام ما قد ينشأ عنه من ربح او خسارة (الفقرة الاولى من المادة الرابعة من قانون الشركات رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٣ وهذا التعريف مقتبس من المادة ٦٢٦ الملغاة من القانون المدني) . (١) فالشريك قد تكون حصته في راس المال التزامه بالقيام باعمال تعود على الشركة بالفائدة وقد يكون العمل مثلا هو الحصول على ترخيص للاستيراد او نحو ذلك ،فيدخل الشريك بهذا العمل حصة له في الشركة على ان يتقاضى من ارباحها نسبة معينة . وهنا قد تلتبس المقاولة بالشريك ، فاذا كان الشريك الذى دخل بالعمل حصة له يساهم في ارباح الشركة وفي خسائرها ، فالعقد شركة ،اما اذا اشترط من يقدم العمل ان يأخذ من الشركة اجرا مقابل (تراخيص الاستيراد) التي حصل عليها مبلغا معينا او حتى نسبة في ارباح الشركة دون ان يشارك في الخسارة ، فالعقد في هذه الحالة لا يكون شركة بل يكون مقاولة ، التزم فيها المقاول بالحصول على تراخيص الاستيراد لمصلحة الشركة ، والتزمت الشركة ان تعطي المقاول اجرا على ذلك .

(والذى يميز الشركة عن المقاولة هو ان الشريك في الشركة تكون عنده نية الاشتراك في نشاط ذى تبعة .) وهذه النية هي نية تكوين الشركة او ارادة كل شريك في ان يتعاون مع الشركاء الاخرين في نشاط ينطوى على قدر من المخاطرة

اما المقاول فليست عنده هذه النية ولا يريد ان يتحمل مع الشركاء تبعة المخاطرة بحيث يساهم في الارباح وفي الخسارة ،بل هو يقدم عملا معينا ويتقاضى اجره على هذا العمل . فاذا وجدت نية تكوين الشركة يكون العقد شركة ، واذا

(١) لمزيد من التفصيل انظر (الشركات التجارية) لزميلينا الدكتور باسم محمد صالح والدكتور عدنان احمد ولي ص٥ .

انعدمت هذه النية فيكون العقد مقاولة . وهذه مسألة وقائع يستقل بتقديرهـا قاضي الموضوع (١) .

٧ ـ المقاولة والاشغال العامة (٢)

المقاولـة عقـد مـن عقود القانون الخاص ، وانها في نطاق هذا القانون قـد تكون عقدا مدنيا وقد تكون عقدا تجاريا ،وانها قد تكون عقدا مختلطا ،فتكون مدنيـة با لنسبة لـرب العمل ، وتجارية با لنسبة للمقاول ، وفي جميع الحالات لا يجـب الخلط بين المقاولة وعقد الاشغال العامة وهو . . . عقد اداري مـن عقود القانون العام

وعقد الاشغال العامة هو عقد بمقتضاه تعهد الادارة الى شخص من أشخاص القانون الخاص بالقيام بعمل متصل بعقار مقابل اجر ، تحقيقا للمنفعة العامة (٣)

ومن هذا التعريف يمكننا ان نستخلص انه يشترط لكي نكون بصدد عقـد اشغال عامة ثلاثـة شروط :ـ

١ ـ أن ينصب العقد على عقار .

٢ ـ أن يتم لحساب شخص معنوي عام .

٣ ـ أن يكون الغرض من العمل تحقيق منفعة عامة ، ولو لم يتصل هذا لعمل بمال عام او بمرافق عام . (٤)

واعتبار العقد عقد اشتغال عامة لا عقد مقاولة يترتب عليه عدم خضوعه لاحكـام القانون المدني،سواء في ذلك أحكام النظرية العامة للعقداواحكامعقدالمقاولة، الا في

---

١ ـ السنهوري ـ المصدر السابق ـ ج٧ ص٣٠ـ٣١ و جـ ٥ ص ٢٢٢ .

٢ ـ تفصيل ذلك : محمد لبيب شنب ـ المصدر السابق ـص ٥٠ وما بعدهـا ، محمد عبد الرحيم عنبر ص ٤٨ في عقد المقاولة طبعة ١٩٧٧ .

٣ ـ انظر في تعريف عقد الاشغال العامة : سليمان الطماوي في العقود الادارية ص ٧٩ ،د. محمود الجبوري في العقود الادارية من ص١٩ـ٢٠ .

٤ ـ الطماوي ـ المصدر السابق ـ ص ٨١ .

الحدود التي لا تتعارض فيها هذه الاحكام مع قواعد القانون العام ،ويبرر ذلك بالغرض المقصود من الاشغال العامة وهو تحقيق منفعة عامة ،فهذا الغرض يتطلب ان يخضع عقد الاشغال العامة لقواعد تختلف عن القواعد التي يخضع لها عقد المقاولة المبرم لتحقيق مصلحة خاصة ٠

ويلاحظ أن تكييف عقدالاشغال العامة يتحدد بصفة رب العمل وكونه شخصا من أشخاص القانون العام ولا اثر لصفة المقاول على هذا التكييف ، ولذلك فمن الاهمية بمكان تحديد ما اذا كان رب العمل شخصا عاما او خاصا ،ولا صعوبة في الامر أذا تعلق الامر بالدولة نفسها او باحد مصالحها المسلم بصفتها العامة او اذا تم العمل لحساب فرد لاشك في صفته العامة ٠وانما تثور الصعوبة بالنسبة للشركات المساهمة العامة وشركات القطاع المختلط التي تساهم الدولة او المؤسسات العامة في راسمالها بنسب مختلفة ٠

ويتجه الرأى الراجح في الفقه الى اخضاع العقود التي تبرمها الشركات المساهمة العامة وشركات القطاع المختلط للقانون الخاص ، وبالتالي فان العقود التي تبرمها بقصد انجاز عمل معين بواسطة الغير تعتبر مقاولات لاشغال عامة ٠ (١) ٠

---

(١) لمزيد من التفصيل ،انظر محمد عبد الرحيم ــ المصدر السابق ــص ٤٨ وما بعدها ،الموسوعة الشاملة للمبادىء القانونية في مصر والدول العربية للمؤلف المذكور ص ١٢٤ ،محمد لبيب شنب ــ المصدر السابق ــ ص ٥٣ ٠
وانظر في هذا المعنى قرار محكمة التمييز المرقم ٢١١٣ /حقوقية/ ٦٤ في ١١/٤/٦٥ قضاء محكمة التمييز ــ المجلد الثالث ص ١٣٦ ، كما يلاحظ القرار رقم ٧٢٣/حقوقية /٩٦٥ في ١/١١/٥ ،قضاء محكمة التمييز المجلد الثالث ص ١٢٤

الباب الأول

اركـــان عقد المقاولـــــة

اركان عقد المقاولة ، كالاركان في سائر العقود ثلاثة : التراضي والمحـــل والسبب . ولما كان السبب قد تمت دراسته في النظرية العامة للالتزام ، فاننا سوف نقتصر دراستنا على التراضي والمحل . في عقد المقاولة مزدوج ، فهو بالنسبة الى التزامات المقاول العمل الذي تعهد بتأديته بموجب عقد المقاولة وهو بالنسبه الى التزامات رب العمل الاجر الذي يدفعه للمقاول في مقابل هذا العمل .

وبناء على ذلك سوف نخصص الفصل الاول للكلام في التراضي والفصـــل الثاني للكلام في المحل اى العمل والاجر .

الفصـــــل الاول

التراضـــي في عقـــد المقاولـــة

ونبحث فيه : (١) شروط الانعقاد في التراضي

(٢) شروط الصحة في التراضـــي

المبحث الاول

شروط الانعقاد

توافق الايجاب والقبول :

يجب لا نعقـاد المقاولـة أن يتطـابق الايجـاب والقبـول على عناصرها ، ليتـم التراضي بين رب العمل والمقاول على ماهية العقد والعمل الذي يؤديـه المقاول لرب العمل والاجر الذي يتقاضاه منه .

وقد رأينا أن المادة ٨٦٤ مـن القانون المدني وهي تعـرف المقاولـة تذكـر هذه العناصر . ويكون ذلك خاضعا للقواعد العامـة المقررة في نظرية العقد ، فيجـوز التعبير عن التراضي صراحة أو ضمنا

ولم يأت القانون بأحكام خاصة بشكل العقد ،فيجوز أبرامه بالكتابة او مشافهة والغالب أن يكون بعرض من أحد طرفي العقد وقبول من الطرف الاخر .

ويجب التراضي على ماهية العقد بان تتجه ارادة كل من الطرفين الى أبرام عقد مقاولة .فلو أن شخصا تعهد أن يقوم بعمل لاخر ولم يتعرض للاجر ولكنه اراد بتعهده أن يبرم عقد مقاولة فيتقاضى اجرا ، وكان الاخر يعتقد أن الاول يقوم بالعمل دون أجر ، لم يكن هناك عقد بين الطرفين ،لا عقد غير مسمى كما كان يعتقد المتعاقد الاخر ، ولا عقد مقاولة كما كان يعتقد المقاول الأول .

ويجب التراضي على العمل المطلوب تأديته ،فيعين تعيينا كافيا . فلو أن المقاول مثلا رسم صورة زيتية ،بينما قصد رب العمل قيام المقاول بنحت تمثال فان التراضي يكون معدوما لعدم وجود تطابق بين الارادتين فلا ينعقد العقد .

ويجب التراضي على الاجر الذي يدفعه رب العمل بأن يوافق احد الطرفين على مقدار الاجر الذي . . . عرضه الطرف الاخر . وليس من الضروري أن يعين الاجر في العقد ، فاذا سكت المتعاقدان عن تعيين الاجر ، لا يبطل العقد ويتكفل القانون بتعيينه ،وقد نصت على ذلك الفقرة الاولى من المادة ٨٨٠ من القانون المدني بقولها :(اذا لم تحدد الاجرة سلفا او حددت على وجه تقريبي وجب الرجوع في تحديدها الى قيمة العمل ونفقات المقاول) .

المبحث الثاني

شروط الصحة

شروط صحة المقاولة هي شروط صحة اى عقد اخر :

توافر الاهلية اللازمة وسلامة التراضي من عيوب الارادة ،فاذا كان التراضي صادرا من ناقص الاهلية او كان معيبا بعيب من عيوب الارادة كانت المقاولة موقوفة على اجازة الولي او الوصي .

ونبحث في شروط صحة المقاولة في فرعين :

١- الاهلية اللازمة لابرام عقد المقاولة .

٢- عيوب الارادة في المقاولة .

الفــــرع الاول

الاهلية في عقد المقاولـــــة

١- اهلية رب العمل :

يلتزم رب العمل بدفع الاجرة ،فتكون المقاولة بالنسبة اليه من اعمال التصرف فيجب أذن ان تتوافر في رب العمل اهلية التصرف ،اى يجب ان يكون بالغــــا ســن الرشــد وان يكون عاقلا وغير محجور عليه لسـفه أو غفلـة فاذا كان رب العمل ناقص الاهلية وهو الصغير المميز ومن في حكمه وهو المعتوه والسفيــه وذو الغفلة كان عقده موقوفا على اجازة ولية او وصية . ولكن قد تكون المقاولـــــة بالنسبة لرب العمل من اعمال الادارة ،كالعقد الذى يبرمه رب العمل مــــــع المقاول لترميم منزله او يصنع له بدلة فاتفق مع الخياط على خياطة بدلة لـه . فمثل هذه العقود تعتبر من اعمال الادارة ، ويكفي فيها أن تتوافر في رب العمل اهلية الادارة ،ومن ثـم يجوز للصغير المميز أن يبرم عقد المقاولة في هـــــذه الاعمال بصفته رب عمل دون حاجة الى اذن وليه او وصية .

٢- اهليــة المقــــاول :-

المقاولة بالنسبة للمقاول تعتبر ايضا من اعمال التصرف ، حتى لو التزم بتقديم العمل دون المادة فهو مضارب بعمله ،معرض للربح والخسارة وقد يصبــــح مسؤولا عن تعويض رب العمل عما يلحقه من اضرار ،وبالتالي فأن عقد المقاولة يكون من الاعمال الدائرة بين النفع والضرر ،ومن ثـم يجب في الاصل ان تتوافر في المقاول اهلية التصرف بان يكـون بالغا سـن الرشد وأن يكـون عاقلا ، وغيــر محجور عليه لسفه او غفله . ويترتب على ذلـك انه اذا كـــان المقاول ناقص اهلية كان عقده موقوفا على اجازة ولية او وصية .

الفـــرع الثانـــي

عيوب الارادة في المقاولة

يكون عقد المقاولة معيبا اذا شابه عيب من عيوب الارادة وهي الاكراه والغلط والغبن مع التغرير والاستغلال . فاذا شاب ارادة المقاول او رب العمل عيـــب الاكراه او الغلط او الغبن مع التغرير كان العقد موقوفا على اجازة من تقـــرر الوقف لمصلحته وله أن يجيز العقد او ينقضه خلال مدة ثلاثة اشهر من الوقت الذي يرتفع فيه الاكراه او يتبين فيه الغلط او ينكشف فيه الغبن مع التغرير . أمـا عيب الاستغلال فانه لا يمنع نفاذ العقد . ولكنه يجيز للمتعاقد المغبون أن يطالب برفع الغبن عنه الى الحد المعقول خلال مدة سـنة من تاريخ ابرام العقد . وليس في ذلك الا تطبيق للقواعد العامة وعقد المقاولة شانه شان سائر العقـــود في عيوب الارادة .

على أن الغلط في عقد المقاولة له تطبيقات عملية لا تخلو من الاهمية ، لا سيما الغلط في شخص المقاول او الغلط في الحساب .

الغلط في شخص المقـــاول :-

الاصل أن الغلط في شخص المقاول لاتاثير له في صحة العقد. ولكن اذا كانت شخصية المقاول محل اعتبار عند رب العمل كالتعاقد مـــع طبيب او محـام او مهندس معماري او رسام ،يكون الغلط فيه عيبا من عيوب الرضا ويكون العقد موقوفا على اجازة رب العمل بشرط أن يكون المتعاقد الاخر قد وقـع في الغلط نفسه او كان على علم به أو كان من السهل عليـــه ان يتبين وجـــوده (م١١٩ مدني) ، فيستطيع المتعاقـد الذي وقع في الغلط أن يجيز المقاولة أو ينقضها خلال مدة ثلاث اشهر من تاريخ تبين الغلط (١٣٦٣ مدني) .

الغلط في الحساب والغلط المادي :

تنص المادة ١٢٠ مدني على انه (يؤثر في نفاذ العقد مجرد الغلط في الحساب ولا الغلط المادي ، وانما يجب تصحيح هذا الغلط) .

فالغلط في الحساب الذي قد يقع احيانا في عقد المقاولة او الغلط المادي فيهـا لا يؤثر في صحة المقاولة وانما يصحح هذا الغلط وتبقى المقاولةصحيحة .

الفصـــل الثانـــي

المحل في المقاولـــة

المحل في عقد المقاولة كما قدمنا ، مزدوج، فهو بالنسبة الى التزامات المقــاول العمل المتعاقد على تاديته ، وهو بالنسبة الى التزامات رب العمل الاجر الــذى تعهد بدفعــه للمقاول ٠

وبناء على ذلك سنقسم هذا الفصل الى مبحثين نخصص المبحث الاول للكلام عن العمل ونخصص المبحث الثاني للكلام عن الاجر ٠

المبحث الأول

العمل في المقاولة

لم ترد نصوص متعلقة بالعمل كركن في المقاولة ،فوجب تطبيق القواعــــد العامة سواء فيما يتعلق بالشروط الواجب توافرها في العمل ،او فيما يتعلـــق بانواع العمل ٠

الشروط الواجب توافرها في العمل :ــ

هذه الشروط طبقا للقواعد العامة ، هــي أن يكون العمل ممكنا وان يكون معينا او قابلا لتعيين ٠ان يكون مشروعا ٠

فيجب اولا أن يكون العمل ممكنا ،لانه لا التزام بمستحيل والا كان العقد باطلا (م ١٢٧ مدني) ٠والمقصود بالاستحالة هي الاستحالة المطلقة وهي ان يكون العمل مستحيلا في ذاته ،لا ان يكون مستحيلا بالنسبة للمقاول فحسب وانما يستحيل على اى شخص اخر انجاز العمل كما لو تم الاتفاق مثلا مع احــد الاشخاص على استحضار دواء لشفاء جميع الامراض فيكون العقد باطلا،كما قدتكون الاستحالة قانونية كما لو تعهد محام تمييز قضية بعد انقضاء الميعاد القانوني ٠
وحكم الاستحالة القانونية هو حكم الاستحالة الطبيعية ٠

ويجب ثانيا ان يكون العمل معينا او قابلا للتعيين ٠فيكون العمل معينا اذا ذكرت طبيعته واوصافه وبين ذلك بيانا كافيا ٠ واذا لم يكن العمل معينا، وجــب

ان يكون على الاقل قابلا للتعيين ،فيصح التعاقد على بناء مستشفى يشمل على كذا سرير ،وكذا غرفة مع المرافق اللازمة • ويجب أخيرا ان يكـون العمل مشروعا •فاذا كان غير مشروع بان كـان مخالفا للقانون او النظام العـام او الاداب ،كانت المقاولة باطلة فلا يجوز الاتفاق على تشييد منزل للدعارة او للعب القمار ،كما لا يجوز الاتفاق على تهريب المخدرات او البضائع من الكمارك اوعلى ارتكاب جريمة •

انـــواع العمـــل :

أن العمل الذى يؤديه المقاول يتنوع من مقاولة الى اخرى تنوعا كبيرا • فمن ناحية طبيعة العمل قد يكون العمل متصلا بشيء معين وقد يكون هـذا الشيء غير موجود والمقصود من المقاولة ايجاده بمادة يوردها المقاول من عنده او يوردها رب العمل • وقد يكون الشيء موجودا فعلا وهو مملوك لرب العمل ويقع عمل المقاول على هذا الشيء الموجود وقد يكون العمل غير متصل بشيء معين بل هو مجرد عمل كالنقل والطبع والنشر والاعلان والتدريس •ومن ناحية حجـم العمل تتدرج المقاولة من مقاولة صغيرة الى مقاولة كبيرة ومن ناحية جنس العمل ،هناك مقاولات اصبح لها الان اسم معروف لانتشارهـا ،فهناك مقاولات البناء ومقاولات الاعمال الكهربائية ومقاولات المرافق العامة ومقاولات الاشغال العامة الخ ••

والاعمال التي ترد عليها المقاولة أما ان تكون اعمال مادية ،وأما انتكون اعمال عقلية وهذه بدورها أما ان تكون اعمالا قانونية كما في التعاقد مع المحامي ،وأما اعمالا فنية كما في التعاقد مع طبيب او فنان او مهندس معماري •(١)

•• كذلك تنقسم الاعمال الى اعمال عامة واعمال خاصة،والاولى تتعلق بالمرافق العامة والاشغال العامة والنقل ، والثانية تتعلق بالافراد والشركات التي لا تساهم فيها الدولة او المؤسسات العامة •

(١) وذهبت احدى المحاكم الفرنسية الى القول بان العقد الذى ابرمته زوجـة احد اسرى الحرب في المانيا مع شخص لتهريب زوجها من الاسر يعتبر عقـد مقاولة •(محكمة نانسي • (محكمة نانسي

المبحـــث الثاني

الاجـــر في المقاولـــة

الاجر ركن في عقد المقاولة ،وهو المال الذى يلتزم رب العمل باعطائه للمقاول في مقابل قيام هذا الاخير بالعمل المعهود به اليه .

فالاجر أذن هو محل التزام رب العمل . ويشترط فيه ما يشترط في أي محل للالتزام ،أن يكون موجودا ومعينا او قابلا للتعيين ومشروعا، اما المشروعية فلا جديد فيها ،وشأن الاجر في ذلك شأن العمل .

فالاجر لابد من وجوده في عقد المقاولة والا كان العقد من عقود التبرع ،فـــلا يعتبر مقاولة ،بل يعتبر عقدا غير مسمى .ويلاحظ أن الاجر ،وان كان ركنا في المقاولة ،الا انه لا يشترط ذكره في العقد ولا أن يحدده المتعاقدان فاذا لـــم يحدداه تكفل القانون بتحديده وتبقى المقاولة صحيحة متى تبين من الظـــروف على أن العمل مـا كان ليؤدى الا لقاء اجر يقابله (م٢/٨٨٠ مدني) .هذا بخلاف التراضي والعمل ، فهما ركنان في المقاولة لا شأن للقانون بتحديدهما ، فـــاذا لم يتوافرا في العقد كانت المقاولة باطلة ولكن يجب التمييز بين ما اذا كـــان المتعاقدان قد عرضا للاجر ولم يتفقا عليه فعند ذلك تكون المقاولة باطلة لانعدام احد اركانها .

وبين ما اذا كان المتعاقدان لم يعرضا للاجر اصلا بل سكتا عنه وهنا تكـــون المقاولة صحيحة ويتكفل القانون بتحديد الاجر كما سنرى .

والاصل في الاجر ان يكون نقودا ،وهذا هو الغالب .ولكن يجوز أن يكـــون الاجر من غير النقود ،كما هو الشان في عقد الايجار ،فقد يكون اسهما اوسندات أو بضاعة او بيتا او ارضا او سيارة او غير ذلك . بل يصح أن يكون الاجر عملا،

كتعاقد المحامي مع المقاول على أن يبني له دارا في مقابل أن يترافع المحامي في بعض قضايا المقاول ،وهنا تكون المقاولة مقايضة عمل بعمل .(١)

والاصل أن المتعاقدين هما اللذان يقومان بتحديد الاجر ،وقد يحدد انه بموجب مقايسة على اساس الوحدة او يحددان اجرا اجماليا على اساس تصميم متفق عليه .

(١) محمد لبيب شنب . المصدر السابق ـ ص ٦٥ .

الباب الثاني

اثـــــار المقاولـــــة

يترتب على عقد المقاولة ان تنشا التزامات في ذمة المقاول ،والتزامات مقابلـة في دمة رب العمل . وقـد يتعاقد المقاول مع مقاول من الباطن (مقاول المقاول) لانجاز بعض الاعمال المعهود بها اليه ،او لانجاز جميع هذه الاعمال .

لذا سندرس هذه المواضيع فيفصول ثلاث ،نخصص الفصل الاول منها للكلام عن التزامات المقاول والفصل الثاني للكلام عن التزامات رب العمل ، ونخصص الفصل الثالث للكلام عن المقاولة من الباطن والتنازل عنها .

الفصـــــل الاول

التزامـــات المقاول :

يلتزم المقاول نحو رب العمل بالتزامات ثلاثـــة :ـ

١ ـ الالتزام بانجاز العمل المتفق عليه .

٢ ـ الإلتزام بتسليم العمل بعد انجازه .

٣ ـ الالالتزام بضمان العمل بعد تسليمه .

المبحـث الاول : انجـاز العمل

ا :ـ طريقة انجاز العمل :

الالتزام الرئيسي الذى يترتب في ذمة المقاول هو الالتزام بانجاز العمل . فيجب على المقاول أن ينجز العمل بالطريقة المتفق عليها فـــي عقد المقاولة وطبقا للشروط الواردة فيه .فاذا لم تكن هناك شروط متفق عليها ، وجب اتباع العرف وبخاصة اصول الصناعة والفن في العمل الذى يقوم بـــــه المقـــاول .

تقتضيها أصول الصنعة وعرفها وتقاليدها ،واثبت رب العمل ذلك ،كان المقاول في العقد ،سواء قدم المقاول المادة من عنده او قدمها رب العمل .

فاذا خالف المقاول الشروط والمواصفات المتفق عليها او الشروط التي يجب مراعاتها دون حاجة الى ذكرها فلكل صناعة او فن اصول وتقاليد يجب لأن يثبت رب العمل خطئا مخلا بالتزامه ووجب عليه الجزاء ، وذلك دون حاجة في جانب المقاول . لأن مخالفة هذه الشروط هي ذاتها الخطأ (١) .ولا يستطيع المقاول أن يتخلص من المسؤولية الاباثبات السبب الاجنبي ،اى باثبات أن مخالفة الشروط ترجع الى قوة قاهرة او حادث فجائي او خطأ رب العمل نفسه او فعل الغير (٢) .

وأذا احتاج المقاول في انجازه للعمل الى ادوات ومهمات او ايدى عاملة وجب عليه أن يأتي بها ، ويكون ذلك على نفقته ،فأدوات العمل ومهماته مثل الات البناء والادوات الاخرى التي يستخدمها المقاول في عمله تكون على المقاول بغير نص ما لم يقض الاتفاق أو عرف الحرفة بغير ذلك .كذلك اذا احتاج المقاول في انجازه للعمل ،الى ايدى عاملة او الى اشخاص يعاونونه ويعملون تحت اشرافه فانه يكون على المقاول أن يأتي بهم ويتحمل اجورهم ما لم يقض الاتفاق أو عرف الحرفة بغير ذلك . (م٢/٨٦٧ مدني) .

ب- العناية اللازمة في انجاز العمل :

الالتزام بانجاز العمل في المقاولة اما أن يكون التزاما بتحقيق غاية واما ان يكون التزاما ببذل عناية .

فان كان التزاما بتحقيق غاية ،كاقامة بناء أو ترميمه أو هدمه ، فلا يبرأ

(١) محمد لبيب شنب – المصدر السابق – ص ٩٠

(٢) السنهوري – المصدر السابق – ص ٦٦ .

المقاول من التزامه الا اذا تحققت الغاية وانجز العمل المطلوب ٠ولا يكفي ان يبذل في القيام به عناية الشخص المعتاد ٠فما دام العمل لم يتم انجازه فان المقاول يكون مسؤولا، ولا تنتفي مسؤوليته الا اذا اثبت السبب الاجنبي ،وانتفاء مسؤوليته في هذه الحالة، انما يأتي من نفي العلاقة السببية لا من نفي الخطأ (١) ٠

وأن كان الالتزام التزاما ببذل عناية ، كعلاج مريض او ادارة عمل او المرافعة في قضية ، فان المطلوب من المقاول في هذه الحالة هو بذل عناية الشخص المعتاد في انجاز العمل المعهود اليه ،فيجب على الطبيب أن يبذل عناية من في مستواه من الاطباء في علاج المريض طبقا للاصول الطبية ، وليس عليه ان يشفي المريض ٠ وتقول الفقرة الاولى من المادة (٢٥١) من القانون المدني في هذا المعنى ما يلي :ـ

(في الالتزام بعمل اذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء أو ان يقوم بادارته او كان مطلوبا منه أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه ، فان المدين يكون قد وفى بالالتزام اذا بذل في تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص المعتاد حتى ولو لم يتحقق الغرض المقصود) ٠

وهذا وقد يقتصر تعهد المقاول بتقديم عمله على ان يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها او يستعين بها في القيام بعمله ،أو يتعهد المقاول بتقديم المادة والعمل معا ٠ وهنا يجب التمييز بين هاتين الحالتين :ـ

---

(١) كما لو اثبت المقاول أن خطأ رب العمل هو الذى سبب تأخره في انجاز العمل ٠وهذا ما قررته محكمة تمييز العراق في قرار لها ٠ (رقم القرار ١٧٩٤/ حقوقية /١٩٦٨ ، قضاء محكمة التمييز ـالمجلد السادس ١٩٦٩٠ـ ص ٣٧٠) ، وانظر أيضا القرار رقم ٥٥٩/م١ /٧٥ في ٧٦/١/٢١ ،مجموعة الاحكام العدلية ـ العدد الأول السنة السابعة ص ٦٧ ٠

اولا :

اذا قدم المقاول مادة العمل كلها او بعضها :-

تنص الفقرة الثانية من المادة (٨٦٥) من القانون المدني على ما يأتي :-

(كما يجوز ان يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معا ،ويكون العقد استصناعا) ٠

وتنص الفقرة الاولى من المادة (٨٦٦) من القانون المدني على ما يأتي :-

(اذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها او بعضها ،كان مسؤولا عن جودتها وعليه ضمانها لرب العمل)

ويظهر من النصوص المتقدمة انه اذا قدم المقاول مادة العمل كلها او بعضها وكان للمادة قيمة محسوسة ،فان العقد يكون استصناعا (مزيجا من بيع ومقاولة) سواء كانت المادة اكثر من قيمة العمل او اقل ،ويقع البيع على المادة وتسرى احكامه فيما يتعلق بها ،وتقع المقاولة على العمل وتنطبق احكامها عليه ٠ وقد طبق نص الفقرة الاولى من المادة (٨٨٦) السالف الذكر هذه القاعدة ، فجعل المقاول مسؤولا عن جودة المادة وعليه ضمانها لرب العمل ٠ وذلك ان المقاول في هذه الحالة يكون بائعا للمادة ،فيضمن ما فيها من عيوب ضمان البائع للعيوب الخفية ، والبيع هنا يكون معلقا على شرط واقف هو تمام صنع المادة (١)

وتسرى في ضمان العيوب الخفية الاحكام الملائمة لطبيعة عقد الاستصناع وهي احكام عقد البيع فيكون المقاول ملزما بالضمان اذا لم تتوافر في المادة الصفات التي كفل لرب العمل وجودها فيه ، او كان بالمادة عيب ينقص من قيمتها او من نفعها بحسب الغاية المقصودة منها ٠ ولا يضمن المقاوا العيوب التي كان رب العمل يعرفها وقت تمام صنع الشيء ،أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو الــــــــ

(١) محمد لبيب شنب – المصدر السابق – ص ١١٢ ٠ انظر كذلك قرار محكمة التمييز رقم ٧٦٥/م ١/٧٨ في ٧٩/١١/٦ – مجموعة الاحكام العدلية – العدد الرابع – السنة العاشرة – ص ٢٩

فحص الشيء بعناية الرجل المعتاد ،الا اذا اثبت رب العمل ان المقاول قــد اكد له خلو الشيء من هذا العيب ،او اذا اثبت أن المقاول قد تعمد اخفاء العيـــب غشا منه (م ٥٥٩ مدني) (١) . ولا يضمن المقاول عيبا جرى العرف على التسامح فيه . واذا تسلم رب العمل العمل وجب عليه التحقق مـــن حالتــه بمجرد ان يتمكن من ذلك وفقا للمالوف في التعامل ،فان لم يفعل يعتبر قابلا للشيء (م٥٦٠/ ١ مدني) .

أما اذا كان العيب مما لا يمكن الكشف بالفحص المعتاد ثـم كشفه رب العمل وجب عليه أن يخطر به المقاول بمجرد ظهوره والا اعتبر قابلا للشيء بما فيه من عيب (م ٥٦٠/٢ مدني) (٢) واذا اخطر رب العمل المقاول بالعيب في الوقت الملائم ،كان له أن يرجع بالضمان على النحو المبين في المادة (٥٦٢) من القانـون المدني . وتبقى دعوى الضمان ولو هلك الشيء باى سبب كان . ويجب علـــى رب العمل في كل الاحوال ان يخطر المقاول بالعيب قبل مضي ستة اشهر مـــن تاريخ تسلمه للشيء تسلما فعليا الا اذا كان المقاول قد اخفى العيب عـــن رب العمل غشا منه، فأن رب العمل في هذه الحالة يستطيع أن يرجع عليه خلال مدة ١٥ سنة (م٥٧٠ مدني) .

---

١) انظر في هذا الصدد قرار محكمة التمييز رقم ٥٣/م٤/٧٦ في ٧٦/١٢/١٢ ـمجموعة الاحكام العدلية العدد الرابع ـالسنة السابعة ص ٧٩ وقرارها رقم ٣٠٧ و ٣٠٨/٧٥/١٢ في ١٠/٧٥/٩،مجموعة الاحكام العدلية ـ العدد الثالث السنة السادسة ـص ٦٣ .

(٢) انظر قرار محكمة التمييز رقم ١٧٧/ هيئة عامـة اول /٧٢ في ٢/٦/٧٣ . النشرة القضائية العدد الثاني السنة الرابعة ـ ص ١٥٣ .

ثانيـا :

وقد يقدم المقاول عمله فقط ورب العمل هو الذي يقدم المادة ·وقـد نصـت على ذلك الفقرة الاولى من المادة (٨٦٦) من القانون المدني العراقي بقولها : (اذا كان رب العمل هو الذي قدم المـادة ،فعلى المقاول ان يحرص عليهـا ويراعي اصول الفن في استعمالها ،وان يؤدي حسابا لرب للعمل عما استعملها فيه ويرد اليه ما بقي منها ، فاذا صار شيء من هذه المادة غير صالح للاستعمال بسبب اهماله او قلة كفايته الفنية ، التزم برد قيمته لرب العمل ·)

فيجب على المقاول في هذه الحالة أن يحافظ على المادة المسلمة اليه مـن رب العمل ،وأن يبذل في ذلك عناية الشخص المعتاد والا كان مسؤولا عن هلاكهـا او تلفها او ضياعها او سرقتها (١)·واذا احتاج الحفظ الى نفقات، تحمل المقاول لانها تعتبر جزءاً من النفقات العامة التي أدخلها في حسابه عند تقدير الاجر (٢)

كذلك يجب على المقاول ان يستخدم المادة طبقا لاصول الفن ،ويستعمل منها القدر اللازم لانجاز العمل المطلوب منه ، وأن يقدم حسابا لرب العمل عمـا استعمله منها ويرد له الباقي أن وجد(٣) ·

واذا كشف المقاول في اثناء عمله أن بالمادة عيبا لا تصلح معها للغرض المقصود، وجب عليه أن يخطر رب العمل فورا بذلك والا كان مسؤولا عن كل مـا يترتب على اهماله من نتائج ما لم تكن المادة من نوع لا يستطيع المقاول مثله أن يعلم بها · والاحكام السابقة لاتعدو ان تكون تطبيقا للقواعد العامة ·

---

(١) قرار محكمة التمييز رقم ٣٦/ هيئة عامة اولى /٧٤ في ١/٦/٧٤ ـالنشرة القضائية العدد الثاني ـ السنة الخامسة ـ ص ١٠٩

(٢) السنهوري ـ المصدر السابق ص ٧٢ـ٧٣ ·

(٣) قرار محكمة التمييز رقم ٣٦ السالف الذكر ،

ثالثـــا:ـ مسؤولية المقاول عن خطاه وخطا تابعيــه :ـ

يخلص مما تقدم أن المقاول يكون مسؤولا عن خطاه مسؤولية عقدية ، ويثبت في جانبه الخطأ ، فتتحقق مسؤوليته اذا هو خالف الشروط والمواصفات المتفق عليها ، أو انحرف عن اصول الفن وتقاليد الصنعة وعرفها ، او اساء اختيار المادة التي قدمها من عنده ليستخدمها في العمل او نزل عن عناية الشخص المعتاد فـي المحافظة على المادة التي قدمها له رب العمل ، او ثبت عدم كفايتـه وقصوره الفني ، وبوجه عام اذا هو خالف واجبا من واجباته .

فاذا ثبت خطاه على النحو المتقدم ،وكان هوالذي قدم المادة ،فضاعت اوتلفت بسبب خطأه ،تحمل هو الخسارة ،فلا يرجع على رب العمل لا بقيمة المادة التي ضاعت او تلفت ولا باجر العمل . بل يكون فوق ذلك مسؤولا عن تعويض رب العمل عما اصابه من الضرر بسبب اخلاله بالتزاماته . واذا كان رب العمل هو الذي قدم المادة ،وجب عليه أن يعوض رب لعمل قيمتها ،ولا يرجع عليه باجـــر العمل ويكون فوق ذلك مسؤولا عن التعويض كما سبق القول . وليس في ذلك الا تطبيق للقواعد العامة .

اما اذا حدث الضياع او التلف بعد أن اعذر المقاول رب العمل لتسلم العمل ،فان مسؤولية المقاول تنتفي ،ما لم يثبت رب العمل ان الضياع او التلف كان بسبب خطأ المقاول .

واذا استعان المقاول بشخص يساعده في انجاز العمل ،او استخدامه في ذلك، فانه يكون مسؤولا عنه مسؤولية المتبوع عن التابع . ولكن المسؤولية هنا ليست مسؤولية تقصيرية ،بل هي مسؤولية عقدية ،ويكون المقاول مسؤولا ايضا قبـل رب العمل عن المقاول من الباطن (المقاول الثانوي) ،ولو أن هذا الاخير غيــــر خاضع لتوجيه المقاول او اشرافه، ،بل يعمل مستقلا عنه فلا يعتبر تابعا له (٢)، وقد نصت المادة (٨٨٢/٢) منالقانون المدني العراقي على ذلك صراحةاذ تقول:

(ولكنه (اى المقاول) يبقى في هذه الحالة مسؤولا نحو رب العمل عـــن المقـاول الثاني) .

رابعـــا :ــ عدم التاخر في انجاز العمـــل :ــ

كذلك يلتزم المقاول بان ينجز العمل في المدة المتفق عليها . فان لم يكن هناك اتفاق على مدة معينة ،فالواجب ان يعجزه في المدة المعقولة التي تسمح بانجازه، تبعا لمقدرة المقاول ووسائله ،وبمراعاة طبيعة العمل ومقدار ما يقتضيه من دقة، وحسب عرف حرفته (١) .

والالتزام بانجاز العمل في المدة المتفق عليها او في المدة المعقولة التزام بتحقيق غاية ، وليس التزاما ببذل عناية . فلا يكفي لاعفاء المقاول من المسؤولية من التاخير ان يثبت انه بذل عناية الشخص المعتاد في انجاز العمل في الميعاد ولكنــه لم يتمكن مـن ذلك ،بـل يجب عليه حتى تنتفي مسؤوليتــه ،أن يثبت السبب الاجنبي ،فاذا اثبت القوة القاهرة او الحادث الفجائي او فعــل الغير ،أنتفــت غلاقة السببية ولـم تتحقق مسؤوليته .

خامســـا :ــ جزاء الاخلال بالتزام انجاز العمل :ــ

. اذا اخل المقاول بالتزامه بانجاز العمل فانه يكون مسؤولا عن هــذا الاخلال ، ويكون لرب العمل في هذه الحالة ،تطبيقا للقواعد العامة ،أما أن يطلب التنفيذ العيني ،وأمــا أن يطلب فسخ المقاولة ،مع التعويض في كلتا الحالتين ان كـــان له مقتض ،بعد ان ينذر رب العمل المقاول كما تقضي بذلك القواعد العامــــة .وهذا ما نصت عليه المادة (٨٦٨) من القانون المدني حيث تقول :.(اذا تاخـــر المقاول في الابتداء بالعمل او تأخر في انجازه تأخرا لايرجى معه مطلقا ان يتمكن

---

(١) محمد لبيب شنب ــ المصدر السابق ــ ص ٩٣ .

(٢) انظر قرار محكمة التمييز رقم ٢٩٠/م٢/٧٥ في ٧/٧/٧٥ مجموعة الاحكام العدلية العدد الثاني ــ السنة السادسة ص ٦٥

من القيام به كما ينبغي في المدة المتفق عليها ،جاز لرب العمل فسخ العقد دون انتظار حلول الاجل) .

وقد يختار رب العمل التنفيذ العيني ،وله في هذه الحالة ان يطلب من المحكمة ترخيصا في تنفيذ الالتزام بواسطة مقاول اخر على نفقة المقاول الاول اذا كان هذا ممكنا وتسمح به طبيعة العمل ولم تكن شخصية المقاول محل اعتبار في العقد . وغني عن البيان ان لرب العمل أن ينفذ العمل على نفقة المقاول دون ترخيص من المحكمة اذا كان العمل مستعجلا لا يحتمل الابطاء ،كما اذا كان الامر متعلقا بترميم منزل أيل للسقوط او اقامة جناح في معرض على وشك الافتتاح وللقاضي بعد ذلك أن يبت فيما اذا كان رب العمل على حق فيما فعل .

وقد يختار رب العمل فسخ عقد المقاولة ، اذا كان الاخلال جسيما بحيث يبرر الفسخ ،كأن يكون التنفيذ العيني مستحيلا ،أو بقي المقاول ممتنعا عن التنفيذ اذا كانت شخصيته محل اعتبار في العقد ،فحينئذ يحكم بفسخ العقد مع تعويض رب العمل عن الاضرار التي لحقته من جراء اخلال المقاول بالتزامه . ومن ناحية اخرى، فأنه اذا تأخر المقاول في البدء في تنفيذ العمل او في انجازه تأخرا لا يرجى معه مطلقا أن يتمكن من القيام به كما ينبغي في المدة المتفق عليها ،أو اذا اتخذ مسلكا ينم عن نيته في عدم تنفيذ التزامه ،أو اتى فعلا من شانه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا فان نص المادة ٨٦٨ مدني يجيز لرب العمل أن يطلب فسخ العقد دون انتظار لحلول اجل التسليم ،وهو يسمح بطلب الفسخ مقدما اذا تأخر المقاول في تنفيذ التزامه تأخرا يصبح معه ثابتا او كبير الاحتمال انه لن يتمكن من اتمام العمل في الميعاد ،فيكون بذلك قد اخل مقدما بالتزامه .

المبحـــث الثاني

التـــزام المقـــاول بتسليم العمــــــل

يلتزم المقاول بتسليم العمل المطلوب انجازه الى رب العمل ،وهذا هو المحـل الذى يقع عليه التسليم . والتسليم يختلف باختلاف طبيعة الشيء او العمـل. فاذا كان المقاول هو الذى قدم المادة ،وجب عليه تسليمها مصنوعة على النحـو المتفق عليه .أمـا اذا كان رب العمل هو الذى قدم المادة فالمقاول يلتزم بردهـا بعد ان يجرى فيها العمل المطلوب من تحويل او تحسين او تصليح ،وهو في ذلك انما يـرد لرب العمل ملكه ،اذ ملكية الشيء ما زالت باقية لرب العمل ،وهو في الحالتين يسلم العمل بموجب التزام في ذمته بالتسليم ناشيء من عقد المقاولة .

ويلتزم المقاول كذلك برد ما بقي من المادة التي قدمها رب العمل (م٨٦٧/١)، وكذلك الادوات والمهمات التي يكون قد تسلمها من رب العمل ولم تعد الحاجـة تدعو لاستبقائها عنده بعد انجاز العمل .

كيـــف يكـــون التسليـــم :ـ

يكون التسليم بوضع العمل تحت تصرف رب العمل بحيث يتمكن مــــن الاستيلاء عليه والانتفاع به دون عائق ،ولا يشترط أن يضع رب العمل يـــده فعلا على العمل . وتختلف طريقة التسليم باختلاف العمل .فمقاول البنـــاء يسلم البناء بالتخلية بينه وبين رب العمل عـــن طريق تسليم مفاتيحه الى رب العمل او بوضعه تحت تصرفه على ما سبق بيانه . وكذلـــك النجار والسباك والخياط وغيرهم من ارباب الحرف والصناعات .

زمـــن التسليـــم :ـ

ويكون التسليم في الموعد المتفق عليه لانجاز العمل ،فأذا لم يكن هناك موعـد متفق عليه ،ففي الموعد المعقول لانجاز العمل ،وفقا لطبيعته وعرف الحرفة . وقد

يحل موعد التسليم ويكون للمقاول اجر مستحق في ذمة رب العمل ، ففي هذه الحالة يجوز للمقاول أن يحبس العمل حتى يستوفي اجره ، وذلك طبقا للقواعد العامة (م٢٨٠) مدني ،وفي الدفع بعدم التنفيذ ويتناول حق الحبس كذلك كل ما سلمه رب العمل من مادة لاستخدامها في انجاز العمل من ادوات والالات ومستندات ووثائق وتصاميم وغير ذلك (١) ٠

وللمقاول الاحتجاج بحق الحبس في مواجهة رب العمل وخلفه العام وخلفه الخاص وفي مواجهة دائني رب العمل العاديين والممتازين ٠

مكان التسليم :ـ

يكون التسليم في المكان المتفق عليه فان لم يكن هناك اتفاق ،ففي المكان الذى يحدده عرف الصنعة ٠واذا كان العمل واقعا على عقار ،كان التسليم في مكان العقار ٠ اما اذا كان واقعا على منقول ،فيكون التسليم في موطن المقاول تطبيقا للقواعد العامة ، ما لم يكن هناك اتفاق او عرف ،لانه هو المدين بالتسليم (٢) (م ٢/٣٩٦ مدني) ٠

جـزاء الاخلال بواجب التسليم :ـ

اذا لم يقم المقاول بتسليم العمل كاملا في الزمان والمكان الواجب تسليمه فيهما ،فانه يكون قد اخل بالتزامه بالتسليم ٠ويكون لرب العمل ،وفقا للقواعد العامة ،طلب التنفيذ العيني او طلب الفسخ مع التعويض في الحالتين ان كان له مقتضى ٠ ويجب على رب العمل في جميع الاحوال ان يبدأ اولا باعذار المقاول بالتسليم ٠

---

(١) محمد لبيب شنب ـ المصدر السابق ـص ١٠١

(٢) السنهورى ـ المصدر السابق ـص ٩٢

فاذا طلب رب العمل التنفيذ العيني ،فيجبر المقاول على التسليم اذا كان هذا ممكنا ،واذا كان التسليم يقتضي تدخل المقاول شخصيا جاز الالتجاء الى التهديد المالي ، واذاكان يمكن الحصول على مثل هذا الشيء جاز لرب العمل ان يحصل عليه على نفقة المقاول بعد استئذان المحكمة ،أو بدون استئذانها في حالة الاستعجال (١) ·

وقد يطلب رب العمل فسخ العقد ، وخاصة اذا اصبح تسليم العمل مستحيلا، فتبرأ ذمته من دفع الاجرة ،ويرجع بتعويض عما اصابه من ضرر ،وللمحكمة سلطة تقديرية في فسخ العقد ، وقد ترى المحكمة ان يمهل المقاول حتى يقوم بالتنفيذ العيني اذا كان قد انجز معظم العمل ولم يبق الا القليل · وسواء طلب رب العمل التنفيذ العيني أو الفسخ ،فان له ان يطلب في الحالتين التعويض عما اصابه من ضرر من جراء اخلال المقاول بالتزامه ·

ولما كان التزام المقاول بالتسليم التزاما بتحقيق غاية ،فأن مجرد عدم قيامه بالتسليم يعتبر اخلالا منه بالالتزام · ولا حاجة لان يثبت رب العمل خطأ في جانب المقاول ،فعدم التسليم ذاته هو الخطأ ،ولا تنتفي مسؤولية المقاول الا اذا اثبت السبب الاجنبي ، او اثبت ان العمل قد هلك او تلف رغم انه بذل في المحافظة عليه عناية الشخص المعتاد (١) ،واذا كان الاخلال هو مجرد التاخير في تسليم العمل بسبب راجع الى قوة قاهرة او الى فعل الغير او الى خطأ رب العمل نفسه فان مسؤولية المقاول تنتفي كذلك ·

تحمل تبعة هلاك الشيء قبل تسليمه :ـ

اذا هلك الشيء محل المقاولة قبل تسليمه لرب العمل بسبب حادث فجائي او قوة قاهرة فان هلاكه او تعيبه يكون على المقاول وليس له أن يطلب لا باجرة

---

(١) المصدر السابق ·

عمله ولا برد نفقاته،ويكون هلاك المادة على من قام بتوريدها من الطرفين ، الا اذا كان المقاول قد اعذر رب العمل أن يتسلم ،فالذى يتحمل التبعة هـــو رب العمل ،سواء كان هو الذى قدم المادة او كان المقاول هو الذى قدمها • ويجب على رب العمل ان يدفع الاجر كاملا للمقاول •

الهـــلاك بخطا المقـــاول :ـ

اذا هلك الشيء او تعيب بخطا المقاول او ما يعادل الخطا ،كـــان يعذر رب العمل المقاول أن يسلم الشيء فلا يسلمه ،فـــان الفقرة الثالثة من المادة ٨٨٧ا مدني) تجعل الهلاك او التعيب على المقاول لان خطأه هو الذى سبب الهـــلاك او التعيب ،فيلزم بتعويض رب العمل عما يكون قد ورده من مادة العمل ويعفـــى رب العمل من دفع الاجرة الى المقاول •

الهـــلاك بخطا رب العمـــل :ـ

اما اذا كان الهلاك او التعيب بخطا رب العمل ،او ما يعادل الخطأ بأن يكون رب العمل قد اعذر من قبل المقاول لتسلم الشيء فلم يفعل ،أو كـــان سببْ الهلاك عيبا في المادة التي وردها للمقاول ،فان الفقرة الرابعة مـــن المادة (٨٨٧ مدني) تجعل الهلاك على رب العمل ،لان خطاه هو الذى سبب الهلاك • ويكـــون للمقاول الحق في الاجرة وفي التعويض عند الاقتضاء •

المبحـــث الثالث

الالتـــزام بالضمـــان :ـ

وضع المشرع العراقي ،شأنه في ذلك شان معظم التشريعات الاخرى ،احكاما خاصة في ضمان المقاول والمهندس المعمارى للمنشات الثابتة التي يقومـــان بتشييدها ، نظرا لما لهذه المنشآت من اهمية كبيرة • فندرس اولا احكام الضمان بوجه عام ،ثـــم ندرس الاحكام الخاصة بضمان المهندس والمقاول •

المطلب الاول

الضمان بوجه عام :-

قدمنا أن المقاول يلتزم بتنفيذ العمل المعهود به اليه وفقا للمواصفات المتفق عليها ،وطبقاً لاصول الفن الذى يحكم هذا العمل ،ويترتب على ذلك انه يعتبر مخلا بالتزامه اذا جاء العمل غير مطابق لهذه المواصفات ،أو غير متفق مع تلك الاصول ،اذ يعتبر العمل في هذه الحالة معيبا ، فالمقاول اذن يضمن عيوب عمله. وفي ذلك فالمهندس المعمارى الذى وضع تصميما لبناء يكون مسؤولا اذا لم يراع عند وضعه لهذا التصميم القيود والاشتراطات التي تفرضها القوانين والانظمة الخاصة بالبناء ، كما هو الحال بالنسبة لتحديد اقصى ارتفاع للبناء مثلا - كذلك قد يتعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها او بعضها ، وفي هذه الحال يكون مسؤولا عن جودتها وعليه ضمانها لرب العمل فاذا لم تكن هنالك شروط او مواصفات على درجة المواد من حيث جودتها ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف او من اى ظرف اخر التزم المقاول بأن يقدم موادا من صنف متوسط (م٨٦٦ / ٢ مدني)

فاذا تبين أن ثمة عيوب في عمل المقاول او في المواد المقدمة منه ، كان مخلا بالتزامه،وجاز لرب العمل أن يطالب:أمابالتنفيذ العيني،ويكونذلك باصلاح هذه العيوب اذا كان ذلك ممكنا ،ولو ادى ذلك الى اعادة القيام بالعمل من جديد مع مراعاة ما للقضاء من سلطة في رفض الحكم بالتنفيذ العيني ، والاقتصار على الحكم لرب العمل بتعويض نقدى ،اذا كان فيالزام المقاول بالتنفيذ العيني واعادة العمل ارهاق له (م ٢/٢٤٦ مدني) .واذا طالب رب العمل بالتنفيذ العيني فأن له فضلا عن ذلك المطالبة بتعويض الاضرار التي لا يمحيها هذا التنفيذ كالضرر الناشيء عن تأخير استلامه للعمل ، بسبب الوقت الذى يستغرقه اصلاح ما قام به المقاول .

ولرب العمل بدلا من طلب التنفيذ العيني ،أن يطلب فسخ المقاولة لاخلال المقاول بالتزامه وتسلمه عملا معيبا ، ويخضع طلب الفسخ للقواعد العامة

فلا يلتزم القضاء باجابته أو تحقق له خلال المقاول بالتزاماته ، وذلك اذا كان هذا الاخلال قليل الاهمية وكان المقاول قد نفذ التزاماته في جملتها (م١٧٧/١ مدني):

ولرب العمل ان يقبل العمل بعيوبه ،فلا يطلب اصلاحه ولا فسخ العقد ،ويكون له في هذه الحال أن يطالب بتعويض ما لحقه من ضرر بسبب عيـوب العمل او عيوب المواد المستخدمة ، ويتم ذلك عادة عن طريق نقص الاجر المستحق للمقاول بمقدار التعويض المستحق لرب العمل .

ويقع على رب العمل عبء اثبات عيوب العمل ،او عيوب المواد المستخدمة فيه، ومتى اثبت رب العمل ذلك ،كان المقاول مسؤولا عن هذه العيوب ولا يكلف رب العمل غير مطابق لما هو متفق عليه ، أو لما توجيه اصول المهنة ، فاذا اثبت ذلك ان التزام المقاول بالقيام بالعمل على الوجه المتفق عليه ووفقا لاصول المهنة ،التزم بنتيجة يثبت الاخلال به بمجرد اثبات عدم تحقق هـذه النتيجة ،اى باثبات أن العمل غير مطابق لما هو متفق عليه ،أو لما توجيه اصول المهنة ،فاذا اثبت ذلـك كان المقاول مسؤولا عن هذا الاخلال، ولا يستطيع ان يدفع مسؤوليته هـــذه الا باقامة الدليل على ان سببا اجنبيا عنه هو الذى ادى الى هذه العيوب .

اثـــر قبول العمل على ضمان المقـــاول : ـ

قبول العمل هو أقرار رب العمل بما قام به المقاول من عمل بعد معاينته واعترافه بانه قد تم صحيحا مطابقا لما هومتفق عليه ولما توجيه الاصول الفنية .

فما هـو أثـر هـذا القبـول علـى التزام المقـــاول بالضمـــان ؟

لاشك انه اذا كانت عيوب العمل ظاهرة وقت القبول بحيث انه كان في استطاعة رب العمل او من انابه عنه ان يكتشفها لو بذل في فحص العمل ما يبذله الشخص المعتاد ، فأن قبول العمل رغم ظهور هذه العيوب يسقط حق رب العمل فـــي الرجوع على المقاول بضمانها .وهذا الحكم رغم عدم النص عليه يتفق مــــع القواعد العامة ، اذ ان قبول رب العمل له دون تحفظ رغم علمه بهذه العيوب ،

يفيد أنه قد قدر أنها لاتؤثر على العمل ولا تنقص من قيمته أو انه قد تنازل عـــن حقه في الرجوع على المقاول بالضمان ،وإذا كان رب العمل لم يكتشف هـــذه العيوب لانه لم يبذل في فحص العمل عناية الشخص المعتاد ،فانه يكون مهمـــلا وعليه أن يتحمل نتيجة اهماله ،فلا يكون له الرجوع ايضا على المقاول بالضمان. وهذا ما نصت عليه الفقرة الاولى من المادة ٨٧٥ من القانون المدني بقولهـــا :ـ (متى تم تسليم العمل فعلا او حكما ارتفعت مسؤولية المقاول عما يكون ظاهرا فيه من عيب وعن مخالفته لما كان عليه الاتفاق) .

اما اذا كان العيب في العمل خفيا ،اى ليس من الوضوح بحيث يمكن كشفـه وقت التسليم او تقبل العمل ،ولم يخفه المقاول غشا عن رب العمل ، فأن المقاول يكون ضامنا للعيب ،وعلى رب العمل ان يخبر المقاول بالعيب حـال اكتشافـه له ،وقد نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة ٨٧٥ من القانون المدني بقولها:ـ (اما اذا كانت العيوب خفية او كانت المخالفة غير ظاهرة ولم يلحظها رب العمل وقت التسليم بل كشفها بعد ذلك ،وجب عليه ان يخبر المقاول بها بمجرد كشفها والا اعتبر انه قد قبل العمل) .

وقد يعمد المقاول الى اخفاء العيب في العمل او اخفاء المخالفة للشروط الواردة في العقد غشا منه . فلم يستطيع رب العمل ان يكشفه وقت تسلم الشيء ان تقبل العمل ،وفي هذه الحالة يكون المقاول مسؤولا عن غشـه ،وبمجرد ان يكشف رب العمل العيب يكون له الحق في الرجوع على المقاول بالضمان ،اى باصلاح العيب مع التعويض أو بالفسخ مع التعويض خلال مدة ثلاث سنوات من كشف العيـــب لان المقاول يكون مسؤولا مسؤولية تقصيرية ودعوى المسؤولية تسقط في كـل الاحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم اخفاء العيب غشا (م٢٣٢ مدني) (١)

---

(١) السنهوري ـ المصدر السابق ـص ١٠٠ـ١٠٢ .

والاحكام المتقدمة ليست من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها ومن ثم يجوز الاتفاق على تحديد ضمان المقاول او تخفيفه او الاعفاء منه ، ولكن لايجوز الاتفاق على الاعفاء من الضمان اذا كان العيب راجعا الى غش المقاول او الى خطأ جسيم منه ،وهذا بخلاف احكام الضمان الواجبة على المهندس المعماري والمقاول بالنسبة الى عيوب البناء ،فان هذه الاحكام تعتبر من النظام العام لايجوز الاتفاق على ما يخالفها .

المطلب الثاني

ضمان المهندس المعماري والمقاول لعيوب البناء (الضمان العشري)

لم يترك المشرع التزام المهندس المعماري والمقاول خاضعا للاحكام العامة في الضمان التي تسري على كل عقود المقاولات ايا كانت طبيعة العمل الذي ترد عليه ،بل وضع احكاما خاصة لهذا الضمان ،شدد فيها من مسؤولية المهندس والمقاول والزمهما بالضمان عن التهدم الذي يقع في المباني والمنشآت الثابتة الاخرى وعن كل عيب يقع فيها من شانه تهديد سلامة تلك المنشآت ،اذا وقع هذا التهدم او العيب خلال مدة معينة ، وذلك نظرا لما قد يترتب على تهدم المباني من اضرار جسيمة تصيب الارواح والاموال ،ولا تقتصر على من كان طرفا في التعاقد ،بل يمتد الى الغير . وكذلك لحث المهندس والمقاول على بذل كل عناية وجهد واتخاذ كل الاحتياطات اللازمة والممكنة لتكون المباني والمنشآت التي يقيمونها متينة وسليمة لا يخشى منها على رب العمل ولا على الغير ، خاصة أن رب العمل غالبا ما يكون جاهلا بفن البناء ، وبالتالي لايستطيع اكتشاف ما به من عيوب وقت تسلمه فضلا عن ان كثيرا من هذه العيوب ما يكون خفيا ولا يظهر اثره الا باستعمال البناء فترة من الزمن (١) .

---

(١) ثروت انيس الاسيوطي في مسؤولية المهندس المعماري – ص ٥٠٨ ، مصطفى رجب في بحثه القيم (الضمان العشري لمهندسي ومقاولي البناء) المنشور في مجلة العلوم القانونية – المجلد ٧ – العدد الاول والثاني – ص ٧٠ .

وقد نصت المادة (٨٧) من القانون المدني (المعدلة) على هذه المسؤولية الخاصة بقولها :- (١- يضمن المهندس المعماري والمقاول ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي او جزئي فيما شيداه من مبان او ما اقاماه من منشآت ثابتة اخرى ، وذلك حتى لو كان التهدم ناشئا عن عيب في الارض ذاتها او كان رب العمل قد اجاز اقامة المنشآت المعيبة ما لم يكن المتعاقدان قد ارادا ان تبقى هذه المنشآت مدة اقل من عشر سنوات .

وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت اتمام العمل وتسليمه ، ويكون باطلا كل شرط يقصد به الاعفاء او الحد من هذا الضمان .

٢ - ولا تسري الفقرة المتقدمة على ما قد يكون للمقاول من حق في الرجوع على المقاولين الذين تقبلوا منه العمل .

٣ - ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة (١) من هذه المادة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته .

٤ - تسقط دعوى الضمان المنصوص عليها في هذه المادة بانقضاء سنة واحدة من وقت حصول التهدم او انكشاف العيب) .

والنص كما يتضح يعرض لضمان المهندس المعماري والمقاول التهدم او العيوب التي تصيب ما اقاماه من مباني ومنشآت ثابتة اخرى . ونظرا لخطورة تهدم المباني او تصدعها بالنسبة الى رب العمل وبالنسبة للغير كما قدمنا ، فالضمان هنا ضمان خاص مقصور على دائرة معينة . وهذه الدائرة تتحدد بتحديد طرفا الضمان وسببه : فاذا ما تحقق سبب الضمان وقام بين طرفيه ، وجب ان نبين جزاء هذا الضمان ، وان نبين في الوقت ذاته الظروف التي ينتفي او لا ينتفي فيها الضمان .

هذه الموضوعات الاربع ندرسها على التوالي :

(١) طرفـــــا الضـــــمان .

(٢) سبب الضمان

(٣) جزاء الضمان .

(٤) انقضاء الضمان .

(١) طرفا الضمان :ـ

وهما طرفا عقد مقاولة محلها منشآت ثابتة . فلكي يتحقق الضمان ، يجب ان يكون هناك عقد مقاولة محلها منشآت ثابته . والذى يترتب في ذمته الضمان ويكون مسؤولا عن عيوب البناء هو المهندس المعمارى والمقاول في عقد المقاولة . والذى يطالب بالضمان في عقد المقاولة هو رب العمل او من يحل محله في المطالبة بالضمان . فالمهندس والمقاول هما المدينان بالضمان ورب العمل هو الدائن بالضمان وهما طرفا عقد المقاولة .

اولا :

الاشخاص المسؤولين عن عيوب البناء (المدين بالضمان)

لا يسأل عن عيوب البناء وفقا لاحكام (المادة ٨٧٠) الا المهندس المعمارى والمقاول . ويقصد بالمهندس المعمارى في هذا المجال الشخص المكلف من قبل رب العمل ،باعداد الرسومات والتصاميم اللازمة لاقامة المباني او المنشآت الاخرى ، والاشراف على تنفيذها بواسطة مقاول البناء ،فأذا اشترك اشخاص في القيام بهذه المهمة كانوا جميعا مسؤلين فيحدود ما قاموا به من عمل ،ويلاحظ ان الشخص الذى يضع الرسومات والتصاميم اللازمة لاقامة بناء ويشرف على تنفيذها يعتبر في حكم المادة (٨٧٠) مهندسا معماريا ويكون مسؤولا ،سواء كان له الحق قانونا في حمل هذا اللقب او لم يكن له ذلك . اذ أن العبرة ليست بالصفة القانونية للمهندس المعمارى ، بل بطبيعة الاعمال التي يقوم بها(١) .

---

(١) ثروت انيس ص ١٠ ، مصطفى رجب ص ٩٤

وقد يحدث أن تقتصر مهمة المهندس المعمارى على وضع التصميم دون ان يكلف بالرقابة على التنفيذ . وفي هذه الحال لا يسأل عن تهدم البناء او عما يظهر فيه من عيوب الا اذا ثبت أن ذلك يرجع الى التصميم الذى وضعه (م٨٧١ مدني) ويقع عبء اثبات ان العيب يرجع الى التصميم على عاتق رب العمل .فان عجز عنه فلا يكون المهندس المعمارى مسؤولا .

ويجب لمسألة المهندس المعمارى وفقا للمادة (٨٧٠) أن يكون مرتبطا بـرب العمل بعقد مقاولة كما ذكرنا .اى ان يكون ملتزما بالقيام بوضع التصميم والاشراف على العمل في مقابل اجر .فان كان المهندس يقوم بالعمل دون ان يرتبط مع رب العمل بعقد . كما لو قام به مجانا خدمة لرب العمل .او كان يقوم بالعمل بناء على عقد اخر غير المقاولة .كما كان مرتبطا برب العمل بعقد عمل . وكان يقوم بعمله تحت اشرافه وادارته .فانه لايكون مسؤولا وفقا للمادة (٨٧٠) .بل تترتب مسؤوليته في الحالة الاولى وفقا للاحكام العامة في المسؤولية التقصيرية .وفي الحالة الثانية وفقا لاحكام العمل . ولكن متى كان العقد الذى يربط المهندس برب العمل عقد مقاولة .فانه يكون مسؤولا ولو تحدد اجـره بمبلغ ثابت طوال المدة التي يستغرقها العمل .

والشخص الثاني المسؤول عن الضمان وفقا للمادة (٨٧٠) هو المقاول .ويقصد به كل شخص تعهد لرب العمل بإقامة بناء او منشآت ثابتة آخرى في مقابل أجـر دون ان يخضع في عمله لاشراف او ادارة رب العمل . ويجب أن يكـون المقاول مرتبطا مع رب العمل بعقد مقاولة . فاذا كان من يقوم بالعمل ينجزه تحت أشراف ورقابة رب العمل بناء على عقد عمل.فانه يعتبر عاملا لا مقاولا وبالتالي لا يكون مسؤولا وفق المادة (٨٧٠) .

كذلك اذا كلف المقاول مقاولا من الباطن (المقاول الثانوى) بانجاز العمل كله او بعضه .فان المقاول من الباطن لايكون مسؤولا تجاه رب العمل .لانه لا توجد

رابطة عقدية بينهما والمقرر ان المادة (٨٧٠) انما تنظم المسؤولية العقدية للمقاول مع ملاحظة أن نزول المقاول عن المقاولة الى غيره لايخل بحق رب العمل في الرجوع عليه .كما لو كان هو الذى قام بالعمل ما دام لم يقبل هذا النزول .ولم يقصد ابراء المقاول الاصلي من التزاماته (١) .

فاذا قام الشخص بأعمال بناء على عقد مقاولة يربطه برب العمل . فانه يكون مسؤولا وفق المادة (٨٧٠) . سواء كان قد كلف بانجاز كل الاعمال اللازمة لاقامة البناء . أم كان مكلفا فقط بنوع من هذه الاعمال .وعلى ذلك يشمل نطاق المسؤولية فضلا عن المقاول العام .مقاولي البناء ومقاولي الاساسات .ومقاولي الاعمال الصحية . مع مراعاة أن مسؤوليتهم تقتصر على ما قاموا به من اعمال ولكن المسؤلية لاتشمل من يقتصر عمله على القيام باعمال لاتهدد سلامة البناء او متانته اذا تمت معيبة .كمقاول البياض والدهان . كذلك يسأل المقاول ايا كانت الطريقة التي اتبعت في تحديد اجره .اى سواء كان هذا التحديد قد تم جزافا . أو على اساس الوحدة .

ثانيـــا :ـ

الاشخاص المستفيدين من ضمان المهندس والمقاول (الدائن بالضمان)

الالتزام بالضمان الذى تقرره المادة (٨٧٠) على .المهندس المعمارى والمقاول مقرر لصالح رب العمل .لذلك فلا يستطيع أن يتمسك باحكامه الا رب العمل. فاذا توفي رب العمل فلورثته الحق في التمسك به في مواجهة المهندس والمقاول . كذلك اذا انتقلت ملكية البناء في حياة رب العمل .فان خلفه الخاص كالمشترى والموهوب له يستطيع ان يرجع على المهندس والمقاول باحكام هذا الضمان . لان

---

(١) راجع قرار محكمة التمييز رقم ٧٤٠ /م١/٧٢ في ٧٢/٧/٢٢ ـ النشرة القضائية العدد الثالث ـ السنة الرابعة ص ١٢٠

الحق في الرجوع بالضمان على هؤلاء الاشخاص يعتبر من ملحقات المبيع التي تنتقل معه الى من انتقلت اليه الملكية ،دون حاجة الى النص عليها صراحة في العقد ،ولو كان السبب الذى انتقلت به الملكية لا يلزم الناقل بالضمان (١) .

ما غير رب العمل وخلفه العام والخاص فلا يستطيع الرجوع على المهندس والمقاول وفقا لاحكام المادة (٨٧٠) وبصفة خاصة اذا كان المقاول الاصلي قد نزل من المقاولة كلها او بعضها للغير فانه لا يستطيع التمسك بهذه المادة في رجوعه على المقاول من الباطن ... وذلك لان المقاول الاصلي والمقاول من الباطن من الناحية الفنية متساويان فلا حاجة لتقرير مسؤولية استثنائية بينهما ،في حين ان رب العمل لا يمكن اعتباره في مستوى المهندس او المقاول من الناحية الفنية (٢) .

الاضـــــرار التي يسال عنها المهندس والمقـــاول :ـ

لا يسال المهندس والمقاول وفقا للمادة (٨٧٠) الا عن الاضرار الناشئة عن تهدم كلي او جزئي فيما شيدوه من مبان او اقاموه من منشات ثابتة اخرى ،او عما يوجد في هذه المباني والمنشات من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البنـــاء وسلامته(٣) .

وعلى ذلك يجب لانطباق هذه المادة أن يكون العمل الذى عهد به الى المهندس والمقاول هو تشييد مبنى او اقامة منشات ثابتة اخرى من اى نوع كان . فالمنازل والعمارات والمدارس والمستشفيات الخ ، كل هذه مبان يجوز أن يتحقق فـــي مقاولاتها الضمان ،ولا يشترط ان يكون المبنى قد شيد بالطابوق او بالحجارة ، بل يجوز ان يكون قد شيد بالخشب او غيره من المواد . المهم ان يكون البنـــاء

---

(١) محمد كامل مرسي ـ المصدر السابق ـ ص ٥٠٩ ،محمد لبيب شنب فـي شرح احكام عقد البيع ص ١٤١ .

(٢) تقرير لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب المصرى ،في مجموعـــة الاعمال التحضيرية جـ٥ ،ص ٢٣ .

(٣) انظر قرار محكمة التمييز رقم ٦٥٦ / حقوقية / ٦٩ في ٢١ / ١٠ / ٦٩ ٦ قضاء محكمة التمييز ـ المجلد السادس ـ ص ٣٠٧٣ .

مستقرا ثابتا في مكانه لا يمكن نقله دون هدمه ،أما المنشآت الثابتة الاخرى التي يشملها النص فيدخل فيها أقامة الجسور والقناطر والسدود الخ(١) . وتدخل الترميمات اللازمة للمباني والمنشآت الثابتة ضمن الاعمال التي يشملها النص ، متى كانت ذات علاقة بعناصر جوهرية في البناء وسلامته(٢) .

ولا يسأل المهندس والمقاول عن كل ضرر يصيب المباني والمنشآت التي اقاماها ،بل تقتصر مسؤليتهم وفقا للمادة (٨٧٠) على تهدم المباني والمنشآت تهدما كليا او جزئيا (أي انفصال جزء من البناء) ،او وجود عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته ، كضعف الاساس ، أو قدم الاخشاب والحديد المستعملين في البناء ،أما العيوب الاخرى التي لايترتب عليها تهديد متانة البناء او سلامته فلا تدخل في نطاق المسؤولية المشددة ،وعلى ذلك لا يسأل المهندس والمقاول وفقا للمادة (٨٧٠) عن توزيع الاماكن داخل البناء توزيعا غير مريح او عدم جمالها . ولا يشترط في العيب ان يكون قديما ،اى موجودا وقت قبول رب العمل فالمسؤلية تتناول العيوب القديمة كما تتناول العيوب الطارئة بعد القبول ،وفي ذلك يبدو خروج احكام المهندس والمقاول على القواعد العامة في المسؤولية الناشئة عن عقد المقاولة :ذ لايضمن المقاول عيوب عمله ، وفقا لهذه القواعد ، الا كانت هذه العيوب قديمة ، أى موجودة في العمل عند تسليمه ، أو على الاقل أن يكون مصدرها موجودا في ذلك الوقت ، أما مسؤولية المهندس

---

(١) السنهوري المصدر السابق ـ ص ١٠٧ ـ ١٠٨ .

(٢) ذ ب ديوان التدوين القانوني الى أن تعبير (منشآت ثابتة اخرى) الواردة في المادة ٨٧٠ يشمل اعمال التبليط وتأسيس مشاريع الماء والكهرباء وشبكات الاسلاك الكهربائية وانابيب توزيع المياه (ل ٣/١٣٦ في ١٩٥٧/١/٢٣ القضاء المدني العراقي في ١٩٦١ جـ ٢ ص ٢٩١ .

والمقاول وفقا للمادة (٨٧٠) ، فتتحقق ولو لم يثبت أن العيب كان موجود في المبنى وقت اقرار رب العمل له (١) ٠

وبديهي انه اذا كان العيب طارئا فلا معنى لاشتراطه ان يكون خفيا وقـــت القبول ، لانه لم يكن موجودا في ذلك الوقت ، اما اذا كـــان العيب قديمـا ،اى موجودا في المبنى وقت القبول ، فأن المقاول والمهندس لايضمناه ألا اذا كــــــان خفيا غير معلوم لرب العمل في ذلك الوقت ،وغير ممكن كشفه ولو بذل عنايـــة الشخص المعتاد في فحصه ومعاينته للمبنى

أمـا اذا كان العيب معلوما لرب العمل وقت المعاينة والقبول ،او كان ظاهرا بحيث كان في استطاعته ان يكتشفه لو انه بذل في فحص المبنى عنايـة الشخص المعتاد ،فان القبول يعفي المقاول والمهندس من ضمانه ،ما دام قد تم القبول دون أى تحفظ بشأن هذا العيب ٠ ويتفق هذا الحكم مـــع القواعد العامة لان القبول يفيد موافقة رب العمل على البناء بحالته التـــي عليها وقت حصولـــه ٠٠٠ ، أى قبوله بالعيب الذى به ، والا لرفض العمل أو لحرص على أن يحتفظ بحقه في الرجوع

ويجب ان يلاحظ بان القبول لا الاستلام المؤقت هو الذى يمنـــع رب العمل من الرجوع على المقاول بسبب عيب ظاهر (٢) ٠

---

(١) انظر قرار محكمة التمييز رقم ٩٣٥ / حقوقية /٩٦٨ (هيئة عامة) فـــــي ١٨/١٠/٦٨ قضاء محكمة التمييز ــ المجلد السادس ــ ص ٣٦٦ ، وكذلـــــك القرار رقم ٦٥٦ الانف الذكر ٠

(٢) انظر قرار محكمة التمييز رقم ٣١٤ /م١/٧ في ٨/١/٥٧ والذى جاء فيـــه ــ ترتفع مسؤولية المقاول عن العيوب الظاهرة وعن مخالفته لما كان عليه الاتفاق بمجرد تسليمه العمل فعلا وتبقى مسؤلية المقاول قائمة عن العيوب الخفيـــة والمخالفات غير الظاهرة التي لايستطيع رب العمل ملاحظتها وقت التسليـــم ٠٠٠٠)) ٠مجموعة الاحكام العدلية ــ العدد الاول ــالسنة السادسة ــص٨٦

مـــدة الضمـــان :ـ

يضمن المهندس المعمارى والمقاول ما يحدث خلال عشر سنوات من تهـــدم كلي او جزئي فيما شيدوه من مبان او اقاموه من منشأت ثابتة اخرى ، او مـــا يوجد فيخلال هذه الفترة من عيوب تهدد متانة البناء وسلامته (م ١/٨٧٠ مدني)

فيشترط اذن لاعمال مسؤولية المهندس والمقاول أن يحدث الضرر الـــذى يضمناه في خلال عشر سنوات ،تبدأ من وقت قبول العمل ،اى من وقت معاينـة رب العمل للبناء واقراره بمطابقته لما هو متفق عليه ٠فاذا حرر محضر بالقبول سرت المدة من تاريخ هذا المحضر ٠ امـــا اذا لـــم يحـرر محضر ، وامكـن استخلاص القبول ضمنا من تسلم رب العمل للبناء دون ابداء اى تحفظ ،فـــان المدة تحتسب من تاريخ هذا الاستلام، فاذا لـم يحرر محضر بالقبول، ولـــم يثبت تاريخ شغل رب العمل للبناء ،فان المدة تبدأ من تاريخ تسوية الحساب مع المقاول سواء قـام رب العمل بعمل التسوية بنفسه ،او انـاب عنـــه المهندس المعمارى ،وذلك على اساس ان عمل هذه التسوية يفيد القبول من وقتها علـــى الاقل (١) ٠

ومدة العشر سنوات هي مدة اختبار لمتانة البناء وحسن تنفيذ الاعمال وليست مدة تقادم ٠ ولذلك فانها لاتوقف ولو وجد مانع يتعذر على رب العمل انيطالب بحقه ،أو كان رب العمل غير كامل الاهلية او غائبا او محكوما عليه بعقوبـــة جنائية ولم يكن له نائب يمثله قانونا ٠

ويترتب على أن هذه المدة ليست مدة تقادم بل مدة اختبار انه يجوز الاتفاق على اطالتها ٠

وغالبا ما يكون متفقا على أن يتم استلام العمل على مرحلتين : مرحلة يكون فيها الاستلام مؤقتا وتستمر فترة معينة ،وبعدهـا يصبـح الاستـلام نهائيـا

---

(١) السنهورى ـ المصدر السابق ـ ص ١٢٣٠

والغرض من الاستلام المؤقت هو تمكين رب العمل من معاينة البناء معاينة دقيقة تسمح له بالتأكد من مطابقته لما هو متفق عليه ، اذ توجد عيوب لا يمكن اكتشافها الا باستعمال البناء .ومن المقرر ان الاستلام المؤقت لايفيد قبـــول رب العمل بالبناء ، وبالتالي فان مدة العشر سنوات لاتبدا من تاريخ الاستـــلام المؤقت ، بل من تاريخ الاستلام النهائي بشرطان يفيد القبول كما قدمنا ، واذا امتنع رب العمل عن قبول البناء دون أسم سببمشروع رغم دعوته الى ذلك بإنـــذار رسمي ،اعتبر أن العمل قد سلم اليه .(م٨٧٣/٣ مدني).وبالتالي تبدا مــــدة الضمان في السريان (١) .

واذا تم قبول العمل على دفعات ،وكان من الممكن الفصل بين ما قبل فــــي كل دفعة ، فان مدة الضمان تبدا من يوم قبول كل جزء .أما اذا كانت المباني او المنشآت تكون وحدة لا يمكن تجزئتها لارتباط بعضها ببعض من ناحيـــة السلامة والمتانة فلا تبدأ مدة العشر سنوات الا من تاريخ قبول اخر دفعة .

ولكن هل يجب ان ينكشف العيب خلال عشر سنوات من تاريخ القبول ؟ ام يكفي ان يثبت وجوده في خلال هذه المدة ولو لم ينكشف الا بعد ذلك ؟

يبدو من عبارة الفقرة الثانية من المادة (٨٧٠) انه يكفي أن يوجد العيب فــي خلال هذه المدة ،بحيث انه اذا اكتشفه رب العمل بعد انقضائهاولكن اثبت وجوده خلال مدة الضمان كان له الرجوع على المهندس والمقاول .

واذا احتاج البناءالى اصلاح ،فقام به المقاول مقرا بمسؤليته عنه ،ولم يمكـن تمييز بين الاعمال الاصلية واعمال الاصلاح التي اجريت قبل مضي مــــدة الضمان فان مدة عشر سنوات جديدة تبدأ من تاريخ اتمام الاعمال الجديدة(٢)

---

(١) محمد كامل مرسي – المصدر السابق – ص ٥٠٧ .
(٢) محمد لبيب شنب – المصدر السابق ص ١٣٢ .

والخلاصة انه يشترط لامكان رجوع رب العمل على المهندس والمقـــاول بالضمان وفق المادة (٨٧٠) ،ان يحدث التهدم او يوجد العيب في خـلال السنوات العشر التي تعقب قبول العمل ،فاذا مضت هذه السنوات ،ولم يحصل تهـــدم ولم يوجد عيب برأت ذمة المهندس والمقاول نهائيا بحيث لا يجوز الرجوع عليهما بالمسؤولية بسبب ما يحدث بعد ذلك من تهدم أو يوجد من عيوب ، ولو ثبـــت خطؤهم بين ولو كان ذلك راجعا الى مخالفة عمدية لشروط ومواصفات العقد ٠

ولكن اذا كان المقاول قد استعمل طرقا احتياليةلحمل رب العمل على قبـول بناء غير مطابق للمواصفات المتفق عليها ، فان هذا القبول يكون باطلا وبالتالي لا يمتنع على رب العمل الرجوع بالضمان ولو لم يقع التهدم او ينكشف العيب الا بعد مضي عشر سنوات من تاريخ القبول ٠

ولكن اذا التزم رب العمل بوصفة حارسا للبناء بتعويض من اصابه ضـــرر بسبب تهدم هذا البناء ،هل يجوز لرب العمل الرجوع على المقاول بما دفعــه للمضرور ولو كان قد مضى على القبول اكثر من عشر سنوات ؟

يقر القضاء في مصر بوجه عام هذا الرجوع على اساس أن المضرور لو طالب المقاول مباشرة ،ما كان لهذا الاخير ان يدفع هذه المطالبـة بمضي عشر سنوات على قبول رب العمل البناء ،لان مسؤولية المقاول تجاهه مسؤلية تقصيرية (١)، وهذا الحكم محل نظر في نظر بعض الفقه في مصر(٢) ٠

عـــــب، الاثبـــــات :ـ

لاشك ان رب العمل الذى يطالب المهندس والمقاول بتعويض ما اصابه مـــن ضرار ،يلتزم اولا باثبات عقد المقاولة المبرم بينه وبيّن كل منهما ،وباثبـــات حصول تهدم كلي او جزئي في البناء الذى اقاماه ،أو وجود عيب يهدد متانتـه وسلامته وذلك طبقا للقواعد العامة في المسؤولية العقدية ٠



---

(١) عرائض ٢٨ يونية ١٩٣٨ ، د الوز الاسبوعي ١٩٣٨ ـ ٥٦٢
(٢) محمد لبيب شنب ـ المصدر السابق ـ ص ١٣٢

ولكن هل يلتزم رب العمل باثبات وجود خطا في جانب المهندس او المقـاول الذى يرجع عليه ؟ تتوقف الاجابة على هذا السؤال على معرفة طبيعة الالتـزام الواقع على كل من المهندس والمقاول ،هل هو التزام بوسيلة ،اى بمجرد بـذل عناية معينة في تشييدها ، أم هو التزام بنتيجة ، هي بقاء البناء سليما خـــلال العشر سنوات التالية لتسلمه ؟

الذى يرجحه البعض(١) في هذا الشأن هو أن التزام المهندس والمقاول هـــو التزام بنتيجة فهما لا يلتزمان بمجرد بذل عناية أو جهد في سبيل اقامة بنـــاء متين وسليم ، بل يلتزمان بنتيجة هي ان يظل البناء الذى يقيمانه سليما ومتينـا لمدة عشر سنوات بعد قبول رب العمل له ،ويرون أن عبارة المادة (٨٧٠) نفسها توجب الاخذ بهذا الرأى ،اذ استعمل المشرع تعبير (الضمان) للدلالة علـــى مسؤولية المهندس والمقاول ، وهو نفسه التعبير الذى استعمله فيما يتعلق بضمان التعرض وضمان العيوب الخفية التي قد توجد فيالشيء المبيع والمؤجر دون حاجة الى اثبات الخطأ من جانبهما .

بل ولو كانا لا يعلمان بوجود الحق الذى يستند اليه الغير في تعرضـه ، أو العيب الذى يؤثر في قيمة او منفعة الشيء(٢) . ونحن نميل الى الاخذ بهـــذا الرأى . ويلاحظ أن اعتبار التزام المهندس والمقاول التزاما بنتيجة لا يخالـــف الاحكام العامة فيعقد المقاولة ،فقد سبق ان رأينا انالتزام المقاول بالقيام بالعمل على الوجه المتفق عليه ،ووفقا لاصول الفن ، هو التزام بنتيجة ،يثبت الاخـلال به بمجرد اثبات عدم تحقق هذه النتيجة ،فكذلك التزام المهندس ومقاول البناء باقامة بناء لاينهدم ولا توجد به عيوب في خلال عشر سنوات هو التزام بنتيجة .



---

(١) محمد لبيب شنب — المصدر السابق — ص ١٢٣ ، سليمان مرقص (دروس في المسؤولية المدنية لطلبة قسم الدكتوراه) — ص ٣٩٨ مازو ، ١١٢٩ بـعدة ١٣٦٧ .

(٢) محمد لبيب شنب — شرح احكام عقد البيع — ص ١٩٣ ،وشرح احكـــام الايجار للمؤلف نفسه ص ٢١٥ .

ويترتب على الحكم المتقدم انه بمجرد ثبوت عدم تحقق النتيجة المتقدمة ، اى باقامة الدليل على حصول تهدم كلي أو جزئي ،او على وجود عيب في البناء يعتبر المهندس والمقاول مخلين بالتزامهما ،وبالتالي يحق لرب العمل الرجوع عليهما بالضمان دون حاجة الى اثبات خطا في جانب اي منهما(١) ٠

وقد استقر القضاء الفرنسي على القول بوجود قرينة على خطا المهندس والمقاول تعفي رب العمل من عبء اثباته ، وان كان قد قصر نطاق قيام هذه القرينة على المقاولة الجغرافية(٢) ٠

(٢) سبب الضمان

يتحقق الضمان اذا قام سببه ،وسبب الضمان اما ان يرجع الى عيب في التصميم ،واما ان يرجع الى وجود عيب في البناء ،ويجب في جميع الاحوال ان يقوم خلال عشر سنوات من وقت تسلم العمل ٠

والتصميم يضعه عادة مهندس معماري واحيانا يضعه رب العمل ٠ فاذا وضعه رب العمل وكان معيبا فلا يرجع على احد ٠اما اذا وضعه شخص اخر غيره كالمهندس او المقاول كان واضع التصميم هو المسؤول عن عيوب التصميم ويلتزم بالضمان ويسال المهندس عن عيوب التصميم ولو لم يكن هو الذى وضعه اذا كان قد تبناه وقام بالاشراف على تنفيذه(م ١/٨٧١ مدني) ٠

وقد يرجع سبب الضمان الى وجود عيب في البناء ،وذلك لعدم مراعاة المقاول الاصول السليمة في اقامة البناء مما ادى الى انهياره او خالف المقاول الشروط التي وضعها رب العمل او كانت المواد المستخدمة رديئة او غير صالحة ٠ في

---

(١) سليمان مرقص في تعليق له بمجلة القانون والاقتصاد – السنة السابعة – ص ٦٥٦ ،نبذة ١٥ ،محمد لبيب شنب – المصدر السابق –ص ١٣٤ ٠

(٢) محمد لبيب شنب – المصدر السابق – ص ١٤٠ ، جعفر الفضلي – المصدر السابق – ص ٤١٩ ٠

كل هذه الحالات يصبح المقاول مسؤولا عن الضمان باعتباره الشخص الذي تولى التنازل في المسؤولية عن الضمان باعتباره الشخص الذي تولى البناء ، واذا أشرف المهندس على تنفيذ ذلك العمل ، فان المهندس يشترك مع المقاول في المسؤولية عن الضمـــان ، ٠٠٠٠ أي أن المسؤولية هنـــا هـــي مسؤوليـــة تضامنيـــة بين المقاول والمهندس المعماري على ما سيأتي فيما بعد تفصيله .

وقد لا يرجع سبب التهدم الى عيب في التصميم ولا الى التصميم ولا الى عيب في البناء وانما يرجع الى وجود عيب في الارض التي اقيم عليها البناء ،فان المهندس والمقاول يكونان مسؤولين عن الضمان وعلى سبيل التضامن وفقا لنص الفقرة الاولى من المادة ٨٧١ مدني (١) ٠أمـا مدة الضمان التي يقوم فيها سبب الضمان فقد سبق لنا الكلام عنها .

(٣) كيفية دفع المسؤولية (كيف ينتفي الضمان) : ــ

رأينا ان المهندس والمقاول يسألان عن تهدم البناء ،الذى اقاماه اذا حصـــل ذلك في خلال عشر سنوات من تاريخ قبول العمل ،وانه لايلزم لهذه المسالـــة اثبات خطأ في جانب منهما ، ولكن ذلك لايعني أنه لايمكن لهما اية وسيلــــــة التخلص من هذه المسؤولية ، ذلك أن مسؤولية المهندس والمقاول وأن لم تقم على الخطأ ،فهي معذلك تتطلب طبقا للقواعد العامة ان يكون الضرر الذى اصاب رب العمل منسوبا الى فعل المقاول او المهندس ، اى الى عملية اقامة البناء ،وبعبـارة اخرى يجب أن تكون هناك علاقة سببية بين التهدم او العيب وبين نشاط كـل من المهندس والمقاول ،فاذا انتفت هذه العلاقة فلا محل لمسالة اى منهما .

ولذلك فمن المسلم به ان مسؤولية المهندس والمقاول التي تقرر وفقا للمـادة (٨٧٠) ،يمكن دفعها بنفي رابطة السببية ،اى باثبات أن التهدم او العيب نشا

(١) انظر قرار محكمة التمييز رقم ٢١١ / هيئـة عامـة /٧٣ في ٧٤/٢/١٦ ــ النشرة القضائية عدد ١ السنة ٥ ــ ص ١٦٨ وقرارها رقم ٢٤٠٠/ حقوقيـة /٦٣ في ٦٣/١٢/١٧ قضاء محكمة التمييز المجلد الاول ص ٨٤ . جعفر الفضلي ــ المصدر السابق ــ ص ٤٢٠ .

من سبب اجنبي لايدلهما فيه ،كقوة قاهرة او خطأ رب العمل أو خطأ شخص من الغير لايسال عنه المهندس ولا رب العمل (١)

ولكن لا يكفي لنفي مسؤولية المهندس او المقاول ،أن يثبت احدهما انتفاء الخطأ في جانبه ، لاتخاذه مثلا كل الاحتياطات اللازمة لمنع حصول تهدم او وجود عيوب ،او لبذله عناية الشخص المعتاد في وضع التصميم والاشراف على العمل او في القيام بعملية البناء ذاتها ،لان التزامهما ليس بوسيلة بل هو بتحقيق نتيجة

كذلك لاتنتفي مسؤليتهما اذا ظل سبب التهدم او العيب مجهولا . ويشترط في القوة القاهرة ،وفقا للقواعد العامة ،الا يكون من الممكن توقعها او دفعها وان تكون قد جعلت تنفيذ الالتزام مستحيلا ،فلا يمكن أن تكون قد جعلته صعبا وقد حرص المشرع في المادة (٨٧٠) على النص صراحة على ان المهندس والمقاول يسالان ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الارض ذاتها (١) ،فمجرد وجود عيب في الارض ادى الى التهدم او الى عيب في البناء ،لا يكفي لنفي المسؤولية ،وذلك لانه متوقع ، ومن واجبات المهندس المعماري ان يقوم بعمل الاختبارات اللازمة على الارض التي سيبنى عليها ، ليعرف طبيعتها ويكشف عيوبها

كما إن هذه العيوب من الممكن تلافي نتائجها الضارة بتقوية الاساس ،فلا تتوافر في عيوب التربة بصفة عامة ، الشروط الواجب توافرها فيما يعتبر قوة قاهرة او حادثا مفاجئا . فثبوت أن التهدم يرجع الى عيب في الارض لا يعفي المهندس والمقاول من المسؤولية ،وقد قضي بانه اذا كان المهندس مسؤولا عن

---

(١) محمد كامل مرسي – المصدر السابق – ٥٠٢ ، ثروت انيس الاسيوطي – المصدر السابق – ص ١٧ .انظر كذلك قرار محكمة التمييز رقم ٨/١٩٧١ في ١٩٧١/٥/٦ –النشرة القضائية – العدد الثاني – السنة الثانية ١٩٧٢ ص ٤٥ ، والذي جاء فيه ، ((اذا استعمل رب العمل المشروع استعمالا غير صحيح ادى الى تهدم فيه لايسال المقاول ولو حصل خلال مدة الصيانة)) .

(١) انظر قراري محكمة التمييز السالفي الذكر .

التهدم الناشيء عن عيوب التربة ،فانه يكون مسؤولا من باب اولى عن عيــوب المباني القديمة المتخذة كدعامة لاعمال التعلية ،اذا لم يقو هذه المباني ولم يواجه في مشروعه الاصلاحات اللازمة لازالة هذه العيوب (١) .

ولكن اذا كان عيب الارض من العيوب غير المتوقعة ،وكان من المستحيل على المهنـدس أن يكشفه باتباع القواعـد الفنية التي يتبعهـا مهندس حريصـ ، فـان هذا العيب يعتبر قوة قاهـرة وبالتالي ينفي المسؤوليـة عن المهندس والمقـاول (٢)

ومثال ذلك أن توجد اطلال مباني اثرية تحت الارض على عمق كبير في منطقة لم تكتشف بها اثار من قبل ولم يقل احد بوجود اثار بها . وفيما يتعلق بخطأ رب العمل ،فانه ينفي مسؤولية المقاول والمهندس ،بشرط ان لايثبت خطأ فـي جانبهما ،فاذا ثبت خطأ في جانب المهندس او في جانب المقاول ،فان مسؤوليتهما لا ترتفع كلية بسبب خطأ رب العمل ،بل يعتبر الضرر ناشئا عن خطأ مشترك، وبالتالي توزع المسؤولية على الطرفين ،ويكون ذلك بنقص التعويض المستحـق لـرب العمل ، ومن صور ذلك ان يكون التهدم او العيب قد حصل بسبب اتباع تعليمات اشار بها رب العمل ، او أن يكون رب العمل الذي ادى فيمـــــــا بعد الى التهدم او العيب . (م٨٧٠/٢ مدني) (٣) ،لان الاصل ان المهندس والمقاول خبير ان في فن البناء بعكس رب العمل الذي يفترض فيـه الجهل بهذا الفن (٤) .

---

(١)محمد لبيب شنب — المصدر السابق — ص ١٣٦ .

(٢) انظر (تقرير لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النـواب المصـري) مجموعـة الاعمال التحضيرية جـ٥ صـ ٢٣ ، توفيق حسن فـرج في مـذكرات لطلبة كلية الهندسة ١٩٥٨ ص ٣٦ ،ثروت انيس — المصدر السابــق — ص١٧ ،محمد لبيب شنب — المصدر السابق — ص ١٣٦ .

(٣) ثـروة انـيس — المصدر السابق — ص ١٣ .

(٤) قـرار محكمـة التمييز رقـم ٨٣٠/ م٢/٧٣/ ٧٤/٤ — النشـرة القضائيـة العدد الثاني — السنة الخامسة ص ١١٤ .

ولذلك فان تدخل رب العمل في اقامة المنشآت المعيبة سواء بفرض مواصفات معيبة ، أو بتقديم مواد معيبة ، أو بالموافقة على تصميم معيب لا يعفي المهندس والمقاول من المسؤولية ، لانه كان من الواجب عليهما تنبيه رب العمل الى عدم كفاية المواصفات او الى عيوب المواد ، فاذا كانا قد اهملا في ذلك فان تدخل رب العمل لا يعفيهما من المسؤولية ، واذا كانا قد نبها رب العمل الى ما في المواصفات من نقص وباستخدام هذه المواد فانه يكون من الواجب عليهما رفض تنفيذ العمل اذا كان او ما في المواد من عيوب ولكنه أصر على المضي في العمل وفقا لهذه المواصفات يترتب عليه تهدم البناء او وجود عيوب تهدد متانته وسلامته (١)

فان اذعنا لمشيئة رب العمل فانهما يعتبران مخطئين ولا يستغرق خطأ رب العمل خطأهما (٢) ولذلك توزع المسؤولية عليهم ، ولا يستثنى من ذلك الاحالة ما اذا كان لرب العمل من الخبرة في فن البناء ما يفوق خبرة المهندس المعماري والمقاول الذى يتعاقد معهما ، لان اذعان المهندس والمقاول في مثل هذه الحال لتعليمات رب العمل لايعتبر خطأ منهما وبالتالي فان الضرر يعتبر راجعا الى خطأ رب العمل وحده ، فترفع مسؤولية كل من المهندس والمقاول (٣)

وقد قضي في فرنسا بان المهندس المعماري لايلتزم فقط بالاشراف على اعمال البناء ، بل على المكان الذى يجري فيه العمل ، وانه يرتكب خطأ اذا لم يخطر رب العمل بالاخطار الناشئة عن وجود بضائع مكدسة في مكان العمل ولم يطلب منه رفعها ، او تقوية مضخات الحريق ، ويكون المهندس مسؤلا عن الاضرار

---

(١) محكمة التمييز الفرنسية في ١٣ /١/ ١٩٨٢ المنشور في دالوز ١٩٨٢ ص ٢٩
(٢) محمد لبيب شنب ـ المصدر السابق ـ ص ١٣٨ ، وقرارات المحاكم المصرية والفرنسية المشار اليها في الكتاب ،
(٣) المصدر السابق وقرارات المحاكم الفرنسية المشار اليها ،

الناشئة عن ذلك بالرغم من خطأ رب العمل الذى لم يرفع هذه البضائع . كذلك اذا كان التهدم قد نشأ عن عيوب المواد التي وردها رب العمل ، فان ذلك لا يبرىء المقاول والمهندس من المسؤولية ،اذا كانت هذه العيوب ظاهرة او كان من الممكن اكتشفها ، لانه كان من الواجب عليهما رفض استخدام هذه المواد (١)

ويلاحظ أن وجود مهندس من قبل رب العمل يراقب البناء لا اثر لـه على مسؤولية المقاول تجاه رب العمل ،ولو تلقى من المهندس تعليمات تخالف اصول فن البناء ،لانه مستقل عنه في عمله ولا يلتزم باطاعة اوامر المهندس اذا كانت تخالف هذه الاصول اولا تطابق المواصفات المتفق عليها في العقد .

تضامـن المهندس والمقـاول في المسؤولية

يضمن المهندس المعماري والمقاول ما يحصل من تهدم او عيوب في المباني التي اقاماها . (م٨٧٠/١ مدني) .

وعلى ذلك يستطيع رب العمل أن يرجع عليهما معا بالمسؤولية ، فاذا حكم له بتعويض الضرر الذى لحقه من جراء التهدم او العيب ،كان لـه أن يقتضي هذا التعويض منهما معا او من واحد منهما فقط .

ولرب العمل ان يكتفي بالرجوع على المهندس وحده او على المقاول وحده ، وفي هذه الحالة يحكم على من رجع عليه بتعويض كل الضرر الـذى اصاب رب العمل .

رجـوع المهندس والمقـاول الواحـد علـى الاخـر

ولكن التضامن من المهندس والمقاول لا يقوم الا في علاقتهما برب العمل ،اما في علاقة ما الواحد بالاخر فلا تضامن ،بل تقسم المسؤولية عليهما .

---

(١) المصدر السابق وقرارات المحاكم الفرنسية المشار اليها فيه

فاذا كانت مسؤولية ما قد قامت دون ان يثبت خطا من جانب اى منهما ،فان المسؤولية تقسم عليهما بالتساوي ،اى يلتزم كل منهما بنصف التعويض المحكوم به . ولكن اذا ثبت ان تهدم البناء او وجـود عيب يرجـع الى خطـأ المهندس فقـط او الى خطا المقاول فقط ،فان ذلك وان لم يمنع رب العمل من الرجوع عليهمـا معا او على اي ما بالمسؤولية نظرا لتضامنهما ،فانه يجيز لغير المخطيء منهمـا تحميل المخطأ المسؤولية كاملة . فاذا ثبت ان الضرر قد نشا عـن خطا المهندس وحـده .

لان التصميم الذى وضعه كان معيبا مثلا ،وكان هذا العيب غير ظاهر بحيث لـم يكن في وسع المقاول ان يكتشفه ولو بذل عنايـة مقاول عادى في دراسة التصميم ،فان المهندس يجب أن يتحمل في النهاية عبء المسؤولية الكاملة ، فاذا كان قد دفع كل التعويض المستحق لرب العمل ،لم يجز له الرجوع على المقاول بشيء واذا كان قد دفع نصف هذا التعويض فقط ودفـع المقاول النـصف الاخـر ، كان للمقاول أن يرجع عليه بما دفعه ،واذا كان المقاول هو الذى دفع التعويض الكامل ،كان له الرجوع بكل ما دفعه على المهندس (١) .

ويلاحظ ان المهندس يسال عن عيب التصميم ولو لم يكن هو واضعه اذا كان قد قبله ،وقام بالاشراف على تنفيذه ـ كما تقدم القول ـ وكذلك اذا ثبـت أن الضرر قد نشا عن خطأ ارتكبه المقاول ، بحيث أن هذا الخطأ كان هـو السبب الوحيد للضرر . فان المقاول يجب أن يتحمل عبء المسؤولية الكاملة ، كمـا لو ثبـت أن التهـدم او العيـب قـد نشـا عن استخـدام المقاول لمواد معيبـة بعيوب خفية لم يكن في وسع المهندس كشفها ا ولو بذل عناية مهندس عادى في محصه لهذه المواد ،ولم يقع منه اى اهمال او تقصير في الاشراف على عمليـة

---

(١) انظر في هذا المعنى قرار محكمة التمييز رقم ١٧٧/ هيئة عامة اولى /٧٢ في ٢/٦/٧٣ النشرة القضائية العدد الثاني السنة الرابعة ـ ص ١٥٣ .

.بيناء وادارتها ،ففي هذه الحال اذا كان المقاول هو الذى دفع التعويض كلـــه لرب العمل ، فلا يجوز له أن يرجع بشيء على المهندس .

واذا كان لم يدفع سوى نصف هذا التعويض ، ودفع للمهندس النصف الاخر جاز للمهندس أن يرجع على المقاول بما دفعه ،واذا كان المهندس هو الذى دفع التعويض كاملا ،كان له أن يرجع بكل ما دفعه على المقاول .

اما اذا تبين ان التهدم او العيب قد نشأ عن خطأ كل من المهندس والمقاول ، فان المسؤولية تقسم عليهما بنسبة مساهمة خطأ كل منهما في احداث الضـــرر، مع مراعاة درجة جسامة هذا الخطأ ، وذلك سواء كان كل منهما قـد ارتكب خطـــأ مستقلا عن الخطأ الذى ارتكبه الاخر ،ام كان الاثنان قد ارتكبا خطأ مشتركـا .

وعلى ذلك توزع المسؤولية بين المهندس والمقاول ،فاذا ثبت ان الضرر نشأ من عيب ظاهر في التصميم ،فالمهندس الذى وضع هذا التصميم المعيب يعتبـــر مخطئا ، والمقاول الذى قبل تنفيذه ،رغم ما ظهر فيه من عيوب ،يعتبر ايضـــا مخطئـا .

كذلك توزع المسؤولية اذا ثبت ان الضرر يرجع الى ما ورده المقاول مـــن مواد معينة بعيوب ظاهرة ، لان المقاول يعتبر ضامنا لجودة المواد التي يوردهـــا ، فيسأل عن عيوبها ،والمهندس يعتبر مخطئا اذا سمح باستخدامها رغم ما بهـــا من عيوب ، أو اهمل في فحصهـا ، رغم ان هذا الفحص كان من شأنه كشف هـــذه العيـــوب .

وأذا كان الضرر راجعا الى عيب في الارض وكان هذا العيب ظاهرا للمقاول ، فانه يكون مسؤولا مع المهندس ، أما اذا كان هذا العيب لا يمكن اكتشافه الا بعمـل بعمل اختبارات جس التربة التي يقوم بها المهندس ، وكان المهندس قد قـــام بعمل هذه الاختبارات امامه او اخبره بانه قد قام بها ،ففي هـذه الحال يتحمل المهندس وحده المسؤولية كاملة .

ويعتبر كل من المهندس والمقاول من الغير في علاقة ما الواحد بالاخر ،وذلك لانه لا يوجد عقد يربط بينهما ،ولو ان كلا منهما يرتبط مع رب العمل برابطة عقدية • ويترتب على ذلك أن الواحد منهما في رجوعه على الاخر انما يرجع وفقا لاحكام المسؤولية التقصيرية ،فيتعين على من يدعي أن الضرر قد نشأ بخطأ الاخر ،أن يثبت هذا الخطأ وفقا لاحكام هذه المسؤولية •

كما يلاحظ ايضا أن لمن دفع التعويض واراد الرجوع على الاخر ،أن يستعمل حقوق رب العمل فيهذا الرجوع ،لانه يحل محله فيهما (م٣٧٩/أ مدني) ،فيكون الرجوع في هذه الحالة بدعوى الحلول •

طبيعة مسؤولية المهندس والمقاول :

رأينا ان المسؤول وفقا للمادة (٨٧٠) هو المهندس المعماري الذى ارتبط مع رب العمل بعقد مقاولة موضوعة وضع تصميم بناء والاشراف على تنفيذه ، والمقاول المرتبط بعقد مقاولة موضوعه هو القيام بعملية البناء وفقا للتصميم المعمول •

فاطراف المسؤولية اذن مرتبطان عقديا ، وفضلا عن ذلك ، فان هذه المسؤولية لاتتحقق الا اذا حصل تهدم او عيب ،اى اذا حصل اخلال بالالتزام بسلامة البناء ، وهذا الالتزام ينشأ عن العقد المبرم بين المهندس والمقاول من جهة ،ورب العمل من جهة اخرى •

ولذلك فمن المسلم به ان مسؤولية المهندس والمقاول وفقا للمادة (٨٧٠) هي مسؤولية عقدية ،لانها ناشئة عن الاخلال بالتزام عقدى وذلك سواء نص على هذا الالتزام صراحة في العقد او لم ينص لان هذا الالتزام يترتب على كل عقد مقاولة بنص القانون •

وتبدو اهمية اعتبار مسؤولية المهندس والمقاول مسؤولية عقدية في انهما

لا يلتزمان الا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد (١)
(م١٦٩ / ٢ مدني)

حكم الاتفاقات المعدلة لاحكام المسؤولية :-

يجوز، وفقا للقواعد العامة ، الاتفاق على ان تكون مسؤولية المهندس والمقاول اشد من المسؤولية التي تقررها المادة (٨٧٠) ، كأن يتفقا على ضمان سلامة البناء لمدة اطول من عشر سنوات او على الالتزام بتعويض كل الاضرار الناشئة من التهدم او العيب ولو كانت غير متوقعة ، بل يجوز الاتفاق على أن يتحمل المقاول تبعة التهدم الناجم عن حادث مفاجيء او قوة قاهرة (م ٢٥٩ / (١) مدني.

ولكن خلافا للقواعد العامة التي تجيز الاتفاق على اعفاء المدين من اية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي (م٢/٢٥٩ مدني) ،نصت الفقرة الاولى من المادة (٨٧٠) على أن يكون باطلا كل شرط يقصد به اعفاء المهندس والمقاول من الضمان او الحد منه .

وبذلك تكون مسؤولية المهندس المعماري والمقاول من النظام العام .
ويبرر ذلك أن تهدم المباني لايصيب رب العمل وحده بالضرر ،بل يؤدى الى مخاطر تصيب الغير في الارواح والاموال ،وانه لو اجيز الاتفاق على الاعفاء من هذه المسؤولية للجأ المهندسون والمقاولون الى تضمين عقودهم بنودا تعفيهم من المسؤولية ، وفي ذلك ضرر بارباب الاعمال الذين لايفهمون غالبا في مسائل البناء (٢) .

---

(١) انظر ثروت انيس - المصدر السابق -ص١٣ ،محمد لبيب شنب - المصدر السابق ص ١٤٣ .
(٢) انظر مناقشات لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ المصري ، الجلسة ٣٢ - مجموعة الاعمال التحضيرية ج٥ ص ٢٩-٣٠ ،ثروت انيس - المصدر السابق - ص١٨ .

والمادة (٨٧٠) صريحة في تحريم الاتفاقات التي تحد ،او تخفف من المسؤولية فضلا عن الاتفاقات التي تعفي منها ، وعلى ذلك يقع باطلا كل اتفاق يقصد به حرمان رب العمل من الرجوع على المهندس والمقاول في حالة حصول تهدم او وجود عيب ،كما يبطل الاتفاق على أن ضمان المهندس والمقاول يقتصر على التهدم الكلي دون التهدم الجزئي او وجود عيب ، او انه لايحق لرب العمل ان انما هو اتفاق سابق على تحقق سبب الضمان .

وكذلك لا يجوز الاتفاق على نقص مدة الضمان بجعلها اقل من عشر سنوات (١) ،لان مثل هذه الاتفاقات تعتبر حدا من الضمان ويبطل بصريح النص، ولكن ذلك لا يحول دون اقتصار الضمان على مدة اقل اذا كان المتعاقدان قد ارادا ان تبقى المنشآت مدة اقل من عشر سنوات (م٨٧٠/١ مدني) .

ولا يكفي ذلك مجرد النص في عقد المقاولة على مدة الضمان اقل من المدة التي يحددها القانون ،بل يجب ان يتبين من الغرض الذي قصده المتعاقدان باقامة البناء انهما ارادا أن يبقى لمدة اقل من عشر سنوات .

وهذا الذي قدمناه بعدم جواز الاتفاق على الاعفاء من الضمان او الحد منه ، انما هو اتفاق سابق على تحقق سبب الضمان .

اما بعد تحقق سبب الضمان ، اى بعد حصول التهدم او وجود العيب ،فهو حر في ذلك ،وقد ثبت حقه في الضمان ان ينزل عن هذا الحق كله او بعضه نزولا صريحا او ضمنيا . ومن صور النزول الضمني ، أن يقوم رب العمل بعد علمه بالتهدم بدفع باقي اجر المهندس او المقاول دون تحفظ ،او أن يقوم باصلاح العيب دون تحفظ ودون ان يثبت حالته (٢) .

---

(١) ثروت انيس ـ المصدر السابق ـص ١٨ .
(٢) السنهورى ـ المصدر السابق ـ ص١٤٢ـ١٤٣ ،محمد لبيب شنب المصدر السابق ـ ص١٤٥ .

تقادم دعوى (المسؤولية) الضمان :-

تسقط دعوى الضمان التي يجوز لرب العمل رفعها ضد المهندس والمقاول بمرور سنة واحدة يبدأ سريانها من وقت حصول التهدم او انكشاف العيب (م٨٧٠/٤ مدني) . فاذا انكشف العيب او حصل التهدم بعد خمس سنوات مثلا من وقت تسلمه البناء كان امامه سنة واحدة اخرى لرفع دعوى الضمان .

واذا انكشف العيب في اخر السنة العاشرة من وقت تسلم البناء ، كان امامه سنة اخرى لرفع دعوى الضمان ،فيكون قد انقضى احد عشر سنة من وقت تسلم البناء وهذه اقصى مدة يمكن أن تنقضي من وقت التسلم الى وقت رفع دعوى الضمان . فاذا انقضت مدة التقادم ولم ترفع الدعوى ،فان هذه الدعوى تكون قد سقطت بالتقادم ولا يجوز سماعها (١) .

ولما كانت هذه المدة هي مدة تقادم ،فانها تقبل الوقف والانقطاع ،حيث توقف بالعذر الشرعي ،حيث لاتسرى بحق الصغير والمحجور عليه اذا لم يكن له ولي، ويحق الشخص الغائب في بلاد اجنبية نائية (م٤٣٥ مدني) ، وكذلك تنقطع برفع الدعوى او باقرار المقاول او المهندس بحق رب العمل (م٤٣٧ و ١/٤٣٨ مدني) .

المسؤولية نحو الغير :-

دعوى الضمان – كما قدمنا – تقوم على المسؤولية العقدية فيما بين رب العمل من جهة والمهندس والمقاول من جهة اخرى . اما بالنسبة للغير، فليست

---

(١) ذهبت محكمة التمييز في قرار لها الى انه لايجوز التمسك بالتقادم اذا اسقط المقاول حقه بالتمسك بمدة السنة الواردة في القانون . رقم القرار ٣١١ / هيئة عامه اول ٩٧٣ في ٩٧٤/٢/١٦ -النشرة القضائية – العدد الاول – السنة الخامسة ص ١٦٨ ،انظر لذلك القرار رقم ٨/س/٧٠ في ٧١/٤/٢٤ -النشرة القضائية العدد ٢ السنة الثانية ص٢٩ .

هناك رابطة عقدية ، فاذا انهدم البناء مثلا واصاب احد المارة بضرر كان للمضرور أن يرجع بالتعويض على حارس البناء (رب العمل) بموجب المسؤولية التقصيرية، وهي مبنية على خطأ مفترض . كما ان للمضرور أن يرجع بالتعويض على المقاول او المهندس بشرط ان يثبت من جانب المسؤول خطأ تقوم عليه المسؤولية التقصيرية (م٢٢٩/١ مدني) .

واذا رجع على رب العمل ، كان لهذا ان يرجع على المقاول او المهندس بدعوى الضمان على النحو الذي قدمناه، بشرط أن يحصل التهدم في خلال عشر السنوات التالية لتسلم البناء وأن يرفع دعوى الضمان في خلال سنة من وقت حصول التهدم (١) .

وتتقادم دعوى الغير قبل المهندس والمقاول بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسؤول عنه ،وتسقط في كل حال بانقضاء ١٥ سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع (م٢٣٢ مدني) .

(٤) جـزاء مسؤولية المهندس والمقاول (جزاء الضمان)

اذا تحققت مسؤولية المهندس المعماري والمقاول وفقا للمادة (٨٧٠) ، فانهما يلتزمان بتعويض رب العمل عن الضرر الذي لحقه من جراء التهدم في البناء او وجود عيب فيه ،ويشمل التعويض ، وفقا للقواعد العامة ، ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب، وعلى ذلك فيشمل التعويض النفقات اللازمة لاعادة البناء، أذا كان قد تهدم كله ، او لاعادة بناء الجزء المتهدم ،أو لاصلاح العيب واذا كانت اعادة البناء، او الاصلاح لم تؤد الى اصلاح كل الضرر ، كأن ترتب عليها تشويه منظر المبنى ،أو الاقلال من منفعته ،مما خفض من قيمته الايجارية ،كان لرب العمل الحق في التعويض عن ذلك ايضا .

---

(١) السنهوري ـ المصدر السابق ـ ص١٣٠ـ١٣١ ،محمد لبيب شنب ـالمصدر السابق ـ ص ١٦٨ ، انظر كذلك قرار محكمة التمييز رقم ١٧ / استئنافية /٨٤/١٩٨٥ في ٨٥/١/١١

واذا ادى تهدم البناء الى مسالة رب العمل قبل الغير ، فان ما دفعه للغير من تعويضات ، يدخل ضمن التعويض المستحق له قبل المهندس والمقاول (١)

ولكن التعويض يجب ان يقتصر على الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد ،فلا يشمل الضرر غير المتوقع ،الا اذا اثبت غش او خطأ جسيم في جانب المسؤول (م١٦٩/٢ مدني) ٠

وللمحكمة بدلا من الحكم بتعويض نقدي أن تحكم بالتنفيذ العيني واعادة الحال الى ما كانت عليه ،اى ان تأمر المهندس والمقاول باعادة بناء الجزء المتهدم او اصلاح العيب ،ولها أن تحدد لهما اجلا لاتمام ذلك ، وان ترخص لرب العمل بالقيام بالاصلاح على نفقتها اذا مضى الاجل ولم يقوما به ٠

والخيار بين الحكم بتعويض نقدي وبين الامر باعادة الحال الى ما كانت عليه متروك للمحكمة ،فلا يستطيع رب العمل او المقاول الزام ا باختيار ايهما ، وللمحكمة فضلا عن الحكم باعادة الحال الى ماكانت عليه ،أن تحكم بتعويض لرب العمل اذا كانت اعادة الحال لن تزيل الضرر الذى لحقه ، كما لو استغرق الاصلاح وقتا ، فضاعت على رب العمل بذلك منفعة البناء في خلال هذا الوقت٠

---

(١) ثروة انيس ـ المصدر السابق ـ ص ١٦ ، محمد لبيب شنب ـ المصدر السابق ـ ص ١٤٧ ٠

(٢) ٠انظر في هذا المعنى ما ذهبت اليه محكمة التمييز في قرارها المرقم ٥٧٩/ حقوقية/ ١٩٧٠ في ١٩٧٠/٦/١٨ ،النشرة القضائية ـ كانون اول ١٩٧٠ ـ العدد الاول ص ١٥٩ ٠

الفصـل الثانـي

التـزامـات رب العمل

يلتزم رب العمل تجاه المقاول بالتزامات ثلاث :

١ - تمكين المقاول من انجاز العمل .

٢ - تسلم العمل وقبوله بعد انجازه .

٣ - دفع المقابل المتفق عليه (الاجـر) .

المبحث الاول

تمكين المقاول مـن انجـاز العمل

يلتزم رب العمل بالقيام بكل ما هو ضروري لتمكين المقاول من انجـاز العمل المكلف به . فاذا كان القيام بالعمل يتطلب ترخيصا من سلطات معينة ، كان على رب العمل ان يحصل على هذا الترخيص ،واذا كان متفقا مع المقاول على ان يقدم له الادوات والالات اللازمة او المواد الاولية التي تستخدم فـي العمل . وجب على رب العمل ان يقوم بتوريد هذه الاشياء (١) .

كما يلتزم رب العمل ان يترك المقاول ينجز العمل ،فلا يضع امامه العقبات ولا يسحب منه العمل بعد ان عهد به اليه الا لسبب مشروع . فهو لا يستطيع ان يرجع بارادته وحده عن العقد ويتحلل منه الا في الحـدود وطبقـا للشـروط التي عينها القانون (٢) .

---

(١) السنهوري - المصدر السابق - ص١٤٤ ،محمد لبيب شنب - المصـدر السابق ص ١٤٩ .

(٢) السنهوري - المصدر السابق - ص١٤٥ .

فاذا لم يقدم رب العمل بما هو ضروري لتنفيذ العمل ،كان للمقاول ،وفقاً للقواعد العامة ،ان يطلب التنفيذ العيني اذا كان ذلك ممكنا ،كالترخيص له بان يورد الادوات والمواد اللازمة للعمل على نفقة رب العمل . واذا كان التنفيذ العيني غير ممكن الا بتدخل رب العمل شخصيا ، كما لو احتاج الامر الى وجوده في مكان العمل ،فيجوز الحكم عليه بغرامة تهديدية لحمله على تنفيذ التزامه (١)

وللمقاول في جميع الاحوال ان يطلب التعويض عن الضرر الذى اصابه من جراء عدم قيام رب العمل بالتزامه ، او من جراء تأخره في القيام به (٢) .

وللمقاول بدلا من طلب التنفيذ العيني ،أن يطلب فسخ المقاولة لاخلال رب العمل بالتزامه ،والتعويض عما اصابه من ضرر بسبب ذلك . وللمحكمة سلطة تقديرية في قبول الفسخ والتعويض او امهال رب العمل حتى يقوم بالتنفيذ (٣).

المبحث الثاني

تسلم العمل وقبوله

يلتزم رب العمل بتسلم العمل بعد انجازه .والتسلم هنا ليس مجرد الاستيلاء على العمل بعد أن يضعه المقاول تحت تصرف رب العمل دون عائق ، كما هو الحال في التزام المقاول بالتسليم ، بل انه يتضمن اضافة الى جانب ذلك تقبل العمل والموافقة عليه بعد فحصه ومعاينته وهو ما تقتضيه طبيعة المقاولة ،فهي تقع على عمل لم يكن قد بدا بعد وقت ابرام العقد ـ اى لم يكن موجودا ـ فوجب عند انجازه ان يستوثق رب العمل من انه موفق للشروط المتفق عليها او لاصول الصنعة .ويكون ذلك بفحصه ومعاينته ثم الموافقة عليه ،اى تقبله . والذى يقع عادة ان رب العمل يقوم بتقبل العمل وتسلمه في وقت واحد .

---

(١) السنهوري ـ المصدر السابق ـ ص ١٤٥ ، محمد لبيب شنب ـ المصدر السابق ص ١٧٧ .

(٢) المصدران السابقان .

(٣) المصدران السابقان .

ولكن لا يوجد ما يمنع من ان ينفصل التقبل والتسلم ،فيسبق احدهما الاخر اويليه (١) .فاذا امتنع رب العمل دون سبب مشروع عن معاينته العمل وتسلمه رغم دعوته الى ذلك اعتبر انه قد تسلم العمل ووافق عليه (م ٨٧٣ف١) .

ويشترط ،حتى يكون رب العمل ملزما بتسلمه على هذا الوجه ان يكون العمل موافقا للشروط المتفق عليها ،او لما تقضي به اصول الصنعة في العمل محل المقاولة ، اى خاليا من العيوب . وغني عن البيان انه اذا حصل اختلاف بين الطرفين حول ما اذا كان العمل موافقا او غير موافق ،فانه يجوز لايهما ، وفقا للقواعد العامة ،أن يطلب ندب خبير على نفقته لمعاينة العمل ووضع تقرير يثبت حالته لتكون محل اعتبار فيما او رفع الامر الى القضاء (٢) .

وطبقا للفقرة الثانية من المادة (٨٧٣) من القانون المدني العراقي ، يجوز لرب العمل ان يمتنع عن تسلم العمل اذا كان العيب او المخالفة للشروط اولاصول الصنعة التي تبرر امتناع رب العمل جسيمة بحيث تجعل العمل غير صالح للغرض المقصود منه كما يستفاد من ظروف التعاقد . فاذا لم يبلغ العيب او المخالفة هذا الحد من الجسامة ، بقي رب العمل ملزما بالتسلم ، ولكن يكون له الحق ،أما في طلب انقاص المقابل بما يتناسب مع اهمية العيب او المخالفة(٣)، واما في طلب الزام المقاول بالاصلاح في اجل معقول يحدده اذا كان الاصلاح ممكنا ولا يتكلف نفقات ترهق المقاول (م٨٧٣/٣ مدني) .

---

(١) السنهوري ـ المصدر السابق ـ ص ١٤٧ـ١٤٨ ،محمد لبيب شنب ـ المصدر السابق ـ ص١٥٢ .

(٢) المصدر السابق ـ ص ١٤٩ .

(٣) وذهبت محكمة التمييز الى ان انقاص قيمة العمل المنجز جائز بالمقدار الذى قدره الخبراء استنادا الى المادة ٨٧٣ـ٢ من القانون المدني العراقي . قرار رقم ٢٧١/ حقوقية /١٩٦٦ في ١٩٦٦/١٢/١٤ (قضاء محكمة التمييز ، المجلد الرابع ص ١٣٧) .

وفي جميع الاحوال يجوز للمقاول اذا كان العمل يمكن اصلاحه ، أن يقـــوم بهذا الاصلاح في مدة معقولة اذا كان هذا لا يسبب لرب العمل اضرارا او نفقات باهظة (م٣/٨٧٣ مدني) .

واذا كان العمل مكون من اجزاء متميزة ، أو كان الاجر محددا بسعر الوحدة، كأن يكون المقاول قد تعهد برصف طريق وحدد الاجـــر على اساس كـــل وحـــدة طولية يتم رصفها ،فانه يجوز لكل من المقاول ورب العمل، طبقا لنص الفقـــرة الاولى من المادة (٨٧٤) من القانون المدني العراقي ،أن يطلب اجراء المعاينـــة والتسلم عقب انجاز كل جزء او عقب انجاز قسم من العمل يكون ذا اهمية كافية بالنسبة للعمل في جملته . فاذا ما تم التسلم كان للمقاول ان يستوفي من الاجر بقدر ما انجز من العمل، وذلك بعد اجراء معاينته وتقبله (١) .

ويفترض فيما دفع الاجر عنه ، أن رب العمل قد عاينه وتقبله ،ما لـــم يثبت أن ما دفعه ليس الا مبلغا قدمه للمقاول تحت الحساب (م ٢/٨٧٤ مدني) .

ويعرض نص المادة (٨٧٥) مدني لاهم ما يترتب على تسلم العمل وتقبلـــه من نتائج ،فمن وقت تسلم العمل لا يضمن المقاول العيوب والمخالفات الظاهـــرة التي كان يمكن كشفها بالفحص العادي . ذلك انه اذا كان العيب في العمـــــل واضحا يمكن للشخص العادي ان يكشفه بالمعاينة ، فالمفروض انه اذا تقبـــــل رب العمل دون ان يعترض ، انــه قبله معيبا ونزل عن حقـــه في الرجـــوع على المقاول من اجل هذا العيب ومن ثم ينقضي ضمان المقاول للعيب بمجرد تقبل ... العمل مع مراعاة احكام الضمان الخاص فيمايتعلق بالمباني والمنشات الثابتةالمنصوص عليها في المادة (٨٧٠) من القانون المدني العراقي (م١/٨٧٥ مدني) .

أما اذا كانت العيوب خفية او كانت المخالفة غير ظاهرة ،ولـــم يلحظها رب العمل وقت تسلمه ثم كشفها بعد ذلك ،فانه يجب عليه أن يخطر المقاول بها بمجرد

---

(١) السنهوري ـ المصدر السابق ـ ص ١٥١ ـ ١٥٢ ،محمد لبيب شنب ـالمصدر السابق ـ ص١٥٣ .

كافيا او في المدة التي يقضي بها عرف الحرفة ، والا اعتبر انه قبل العمل ، فاذا لم اخطار المقاول في الوقت المناسب كان لرب العمل الحقوق المنصوص عليها في المادة ٨٧٣ (م٨٧٥/٢ مدني) ٠

الى ذلك ما لم يتفق الطرفان على خلافه ،فالاحكام المتقدمة ليست من النظام العام (وذلك عكس احكام الضمان الخاص في حالة المباني والمنشآت) ،ومن ثم يجوز الاتفاق على تقييد ضمان المقاول بتحديد مدة لضمان العيوب ، كما يجوز الاتفاق على تخفيض الضمان او الاعفاء منه ، فيشترط المقاول عدم ضمانه للعيب بعد قبول العمل ولو كان العيب خفيا ٠

وغني عن البيان انه اخفى المقاول العيب غشا منه ،فلم يستطع رب العمل أن يكشفه وقت تقبل العمل ،فانه في هذا الفرض يكون المقاول مسؤولا عن غشه ، ويجوز ان يكشف رب العمل العيب يكون له الحق في الرجوع على المقاول بالضمان ،هو فرض لا يجوز فيه الاتفاق على تخفيف الضمان ولا الاعفاء منه ٠

المبحث الثالث

دفــــع الاجـــــــر :

سبق أن بحثنا الاجر كركن في عقد المقاولة ،والان نبحثه كالتزام في ذمة رب العمل، والاجر ـ كما قدمناه ـ لابد من وجوده في عقد المقاولة باعتباره ركنا فيها ،والاكان العقد من عقود التبرع ، فلا يعتبر مقاولة بل عقدا غير مسمى (١) ٠

ويشترط في الاجر ان يكون معينا او قابلا للتعيين ،غير أن الاجر وان كان ركنا في المقاولة الا انه لا يشترط ذكره في العقد ولا يشترط أن يحدده المتعاقدان ٠ فاذا لم يحدداه تكفل القانون بتحديده وتبقى المقاولة صحيحة ،ويكفي أن يتبين ان العمل به في المقاول ما كان ليتم الا لقاء اجر ،حتى يفترض أن هناك اتفاقا ضمنيا علـــى

(١) السنهوري ـ المصدر السابق ـ ص١٥٥ ٠

وجود الاجر . وقد نصت المادة (٢/٨٨٠) من القانون المدني العراقي علــى ذلــك بقولها :ــ

(ويجب اعتبار ان هناك اتفاقا ضمنيا على وجوب الاجر اذا تبين مــن الظروف أن الشيء او العمل الموصى به ما كان ليؤدى الا لقاء اجر يقابله) .

ويمكن القول بوجه عام ان اصحاب المهن الحرة كالطبيب والمهندس وكذلــك ارباب الحرف والصنعة كالخياط والنجار يعملون باجر . فاذا تعاقد العميل مــع احــد منهم فالمفروض أن العمل يكون باجر ،حتى لو سكت المتعاقدان وان لم يذكرا شيئا عن ذلك (١) أما مقدار الاجر فيحدده القانون كما تقدم .

ويجب التمييز بين اتفاق المتعاقدين على الاجر واختلاف ما في تعيين مقــداره ، ففي هذه الحالة تكون المقاولة باطلة لا نعدام احد اركانها (٢) ، ويبين عدم تقدم على مقدار الاجر ،اذ يتكفل القانون في هذه الحالة بتعيين هذا المقدار عند سكــوت بالمتقاعدين عن تعيينه (٣) وهذا ما نصت عليه الفقرة الاولى من المادة (٨٨٠) مــن القانون المدني العراقي بقولها :ــ (اذا لم تحدد الاجرة سلفا او حددت على وجــه تقريبي وجب الرجوع في تحديدها الى قيمة العمل ونفقات المقاول) .

ويخلص من نص الفقرة المذكورة ان تعيين مقدار الاجر يقوم على عنصرين :قيمة العمل الذى اتمه المقاول ،وما تكبده من نفقات في انجازه . وعند الخلاف يعيــــن القاضي مقدار هذا الأجر مسترشدا بهذين العنصرين ،ويسترشد بوجه خاصــــ بالعرف الجارى في الصنعة في تحديد قيمة العمل .

وتشمل نفقات المقاول اثمان المواد التي استخدمت في العمل واجور العمال وغير ذلك من النفقات التي صرفها فعلا لانجاز العمل .وقد يتكفل عرف المهنة بتحديــه مقدار الاجر .

---

(١) السنهوري ــ المصدر السابق ــ ص ١٥٥ .
(٢) السنهوري ــ المصدر السابق ص ١٥٥ ــ ١٥٦
(٣) المصدر السابق ص ١٥٧ ، جعفر الفضيلي ص ٤٣١ .

ويحل محل المقاول كذلك في الدائنية بالاجر المقاول من الباطن (المقاول الثانوى) والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل . فقد نصت الفقرة الاول من المادة (٨٨٣) من القانون المدني العراقي على ان (يكون للمقاول الثاني والعمال الذين اشتغلو لحساب المقاول الاول في تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بمالهم في ذمة المقاول ، بشرط ان لايتجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقـــاول الاصلي وقت رفع الدعوى ، ويكون لعمال المقاول الثاني مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الاصلي ورب العمل) . وسنعود لبحث هذ الموضوع عند الكلام عــن المقاول الثاني .

واذا تعدد المقاولون ، لم يكونوا دائنين متضامنين باجورهم ، بل ينفرد كل منهم باجره الخاص ، ولا شان له باجور المقاولين الاخرين ، ما لم يوجد اتفاق مـــــع رب العمل على غير ذلك (١) .

وقـت الوفـــاء بالاجـــر :ـ

يلتزم رب العمل ان يدفع الاجر في الموعد المتفق عليه في العقد . وغالبا مـــــا يكون في عقد المقاولة اتفاق على مواعيد دفع الاجر . وهذه المواعيد قد تكون سابقة على انتهاء العمل وتسليمه وقد تكون لاحقة على ذلك .

ويجرى العمل في المقاولات الكبيرة ان يكون الدفع على اقساط بحسب ما يتم انجازه من العمل .

اما اذا لم يوجد اتفاق على ميعاد معين او مواعيد معينة وكان هنالك عـــــرف تصنعه يحدد موعيد دفع الاجر ، وجب اتباع ما يقضي به العرف ، واكثر ما يكون في المقاولات الصغيرة ان يكون دفع الاجر عند تسليم العمل .

واذا لم يوجد اتفاق أو عرف ، فيستحق دفع الاجر عند تسلم العمل من قبل رب العمل . وهذا الحكم هو الذى تقضي به طبيعة المقاولة ، فالمقاول يتعهد بموجـــب

---

(١) السنهورى ـ المصدر السابق ـ ص ١٩٧ .

هذا العقد بانجاز عمل معين مقابل اجر معين ،وبمجرد تمام عقد المقاولة يصبح دائنا بالاجر في مقابل عمل لم ينجزه ،فمن الطبيعي الا يستحق الاجر الا بعد انجاز العمل وتقبله من قبل رب العمل (١) .

والاحكام المتقدمة نصت عليها المادة (٨٧٦) من القانون المدني العراقي بقولها :ـ (يستحق دفع الاجرة عند تسلم العمل ،الا أذا قضى الاتفاق او العرف بغير ذلك مع مراعاة احكام المادة ٨٧٤) .

وهذا النص يشير في عبارته الاخيرة الى وجوب مراعاة حكم المادة (٨٧٤) ،والتي تتضمن بأنه اذا كان العمل مكونا من اجزاء متميزة او كان الثمن محددا بسعر الوحدة ،فانه يجوز للمقاول ان يستوفي من الثمن بقدر ما انجز من العمل وذلك بعد اجراء معاينته وتقبله ، على ان يكون ماتم انجازه جزءا متميزا ، أو قسما ذا اهمية كافية بالنسبة الى العمل في جملته .

فاذا لم يقم رب العمل بدفع الاجر في الموعد ،كان مخلا بالتزامه ، وحق للمقاول طبقا للقواعد العامة ان يجبره على الوفاء بالاجر بالحجز على امواله وبيعها بالمزاد العلني وتقاضي اجره من ثمنها ، كما يحق للمقاول ان يطلب فسخ المقاولة وتعويض ما اصابه من ضرر بسبب عدم وفاء رب العمل بالتزامه .

ويحق للمقاول طبقا للقواعد العامة أن يمتنع عن تنفيذ التزامه بالعمل ما دام رب العمل ممتنعا عن الوفاء بالاجر (م٢٨٢/١ مدني) ،واذا كان المقاول قد اتم العمل فله أن يحبسه وأن يمتنع عن تسليمه الى رب العمل حتى يقوم بالوفاء بالاجر (م٢٨٠/١ مدني) .

هذا من جهة ، ومن جهة اخرى فان دفع الاجر عند تسلم العمل يشترط فيه ان يكون مطابقا للمواصفات والشروط المتفق عليها ولا صول الحرفة في هذا النوع

(١) المصدر السابق ـ ص ١٩٩ .

من العمل ٠ فاذا وجد أن العمل غير مطابق للمواصفات المشترطة او غير متفق مع ما تقضي به اصول الحرفة ، فلرب العمل حبس الاجر فلا يدفعه لافي الميعاد المتفق عليه ولافي الميعاد الذي يقضي به العرف ولا عند تسلم العمل ٠٠ حتى يقوم المقاول باصلاح العيوب التي شابت العمل ٠

وهذا ما تقضي به القواعد العامة (م٢٨٠/١ مدني) (١) ٠ ويترتب على ذلــك ايضا انه اذا تأخر المقاول في تسليم العمل ،جاز لرب العمل ان يمتنع عن دفـــع الاجر ولو كان الميعاد المتفق عليه للدفع قد حل ٠ واذا كان الاجر يدفع على اقساط كل قسط يدفع بعد اتمام جزء معين من العمل ، وتاخر المقاول في اتمام هذا الجزء عن الميعاد والمتفق عليه ،جاز لرب العمل ان يمتنع عن دفع القسط من الاجر المقابل للجزء الذي لم يتم (٢) ٠

مكـــان الوفـــاء بالاجـــر :ـ

لايوجد نص خاص يعين المكان الذي يجب فيه دفع الاجر ،وعليــه يجب الرجوع في ذلك الى القواعد العامة ،وهذه القواعد تقضي بأن يكون الدفع في المكان المتفـــق عليه ٠فان لم يوجد اتفاق كان الدفع في المكان الذي يقضي به العرف ٠

فاذا لم يوجد اتفاق ولاعرف وجب تطبيق المادة (٣٩٦) من القانون المدنــي وهي تنص على انه :ــ (١ ــ اذا كان الشيء الملتزم بتسليمه مما حمل ومؤونه كالمكيلات والموزونات ،ونحوها ،وكان العقد مطلقا لم يعين فيه مكان التسليم ،يسلم الشيء في المكان الذي كان موجودا فيه الوقت العقد ٢ـ وفي الالتزامات الاخـــرى يكون الوفاء في موطن المدين وقت وجوب الوفاء او في المكان الذي يوجد فيه محل اعماله اذا كان الالتزام متعلقا بهذه الاعمال ما لم يتفق على غير ذلك ٠

(١) السنهوري ــ المصدر السابق ــص ١٩٩ ــ٢٠٠ محمد لبيب شنب ــ المصـــدر السابق ــ ص ١٥٥ ــ ١٥٦ ٠
(٢) السنهوري ــ المصدر السابــق ــ ص ٢٠٠ ، ،محمد لبيب شنب ــ المصـــدر السابق ص ١٥٦ ٠

ويتضح من نص هذه المادة انه اذا كان الاجر مما له حمل ومؤونة (شيئا معينا بالذات) ،فانه يلزم دفعه في المكان الذي كان موجودا فيه وقت ابرام عقد المقاولة (م٣٩٦/١ مدني) ، اما أذا كان الاجر من المثليات ،ويكون غالبا مبلغا من النقود، فالوفاء يكون في موطن المدين وهو رب العمل او في مركز اعماله اذا كانت المقاولة متعلقة بهذه الاعمال (١) .

عـــدم جـــواز تعديل الاجـــر المتفق عليـــه :ـ

اذا اتفق المتعاقدان على مقدار الاجر او على الاسس التي يقوم عليهـــا التقدير فلا يجوز تعديل الاجر المتفق عليه بالزيادة او الانقاص الا باتفاق الطرفين ولايجوز لاحد منهما ان يستقل بالتعديل (٢) وذلك وفقا للقواعد العامة المقررة في نظريـــة العقد (م١٤٦/١ مدني) ،والتي تقضي بانه :ـ

(اذا نفذ العقد كان لازما ولايجوز لاحد العاقدين الرجوع عنه ولاتعديله الابمقتضى نص في القانون او بالتراضي) .

على انه استثناء من القاعدة المذكورة توجد ثلاث حالات يجوز فيها تعديل الاجر بالزيادة أو بالنقص دون حاجة لاتفاق الطرفين . وهذه الحالات هي :ـ

اولا :ـ

الاتفاق على الاجر بمقتضى مقايسة على اساس سعر الوحدة

فقد اجاز المشرع العراقي زيادة الاجر بشروط معينة اذا اضطر المقاول الـــى مجاوزة المقايسة مجاوزة محسوسة . فقد نصت المادة (١/٨٧٩ من القانون المدني

---

(١) السنهوري ـ المصدر السابق ـص ٢٠٧ ،محمد لبيب شنب ـ المصدر السابق ـص ٥٦٦ كمال قاسم ثروت المصدر السابق ـ ص ـ ١٨٥ ١٨٦

(٢) ذهبت محكمة التمييز في قرار لها الى انه يلـــزم رب العمل بقيمـــة الاعمال الاضافية اذا ، كان يعلم بها عند تسليمه العمل ولم تكن للمقاول نية التبـــرع لان ذلك يعتبر موافقة ضمنية على تلك الاعمال الاضافية (قرار رقم ٣٣٦/م٢/٩٧٣ في ٧٤/٢/٢٤ ـ النشرة القضائية العدد ٤ـ١٩٧٤ ص ١٦٣)

العراقي على انه :ـ (١ ـ اذا ابرم العقد على اساس مقايسة بسعر الوحدة وتبين أثناء العمل انه من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المصروفات المقدرة [illegible] في المقايسة مجاوزة محسوسة وجب على المقاول ان يخبر في الحال رب العمل مبينا مقدار ما يتوقعه من المصروفات ، فان لم يفعل سقط حقه في استرداد ما جاوز به قيمة المقايسة من نفقات) .

يتبين من نص الفقرة المذكورة انه يجب توفر شروطا ثلاثة لتطبيقه :

١ ـ أن يكون الاجر في المقاولة متفق عليه بمقتضى مقايسة على اساس الوحدة فاذا كان مقدار الاجر غير متفق عليه اصلا ،أو كان متفقا عليه ولكنه كان أجرا اجماليا على اساس تصميم معين ، فأن النص لا ينطبق ، لان القاضي في هذه الحالة هو الذى يقوم بتعيينه .

٢ ـ ان تكون المجاوزة للمصروفات المقدرة في المقايسة مجاوزة محسوسة لسبب لم يكن معروفا وقت العقد .

والمقصود بمجاوزة المقايسة مجاوزة محسوسة ،مجاوزة كميات الاعمال المقدرة في المقايسة لا مجاوزة اسعارها . فاذا ورد في المقايسة مثلا كميات معينة للاعمال الخاصة بالاساس ،ثم رأى المقاول عند حفر الاساس انه يجب تعميقه اكثر مما قدر في المقايسة وأن هذا التعميق يقتضي استخدام كميات من العمل تزيد زيادة محسوسة عما هو وارد في المقايسة .فتلك هي المجاوزة المحسوسة التي يقتضيها الشرط الثاني (١) .

وتقدير ما اذا كانت المجاوزة محسوسة اوغير محسوسة يخضع لقاضي الموضوع وتقديره ولا يخضع لرقابة محكمة التمييز .

---

(١) السنهوري ـ المصدر السابق ـ ص ١٦٤ .

ولايكفي أن تكون الزيادة محسوسة ، بل يجب كذلك ان تكون مما لا يمكـــن تبينها وقت ابرام العقد ،اى أن لاتكون متوقعة وانما تبينت في أثناء العمل .

فاذا كانت متوقعة عند ابرام عقد المقاولة أو كان من الممكن توقعها ،زاد الاجـر بمقدار هذه المجاوزة ولا خيار لرب العمل (١) .

٣ ـ أن يخطر المقاول رب العمل حال تبينه للزيادة بذلك ،مبينا ما يتوقعه مـــن المصروفات (م٨٧٩/١مدني ولم يشترط القانون شكلا خاصا لهذا الاخطـــــار ولا ميعادا معينا يجب أن يتم فيه . ويقع على المقاول عبء اثبات أن الاخطـــار قدتم كما يجب أن يتم الاخطار فور تبين المقاول للزيادة مع بيان مقدار هـــذه الزيادة . فاذا لم يخطر المقاول رب العمل بالمجاوزة او تاخر في اخطاره دون مبرر أو لم يذكر في الاخطار مقدار ما يتوقعه من الزيادة او على الاقل الاسس التـــي تقوم عليها المجاوزة المتوقعه سقط حقه في المطالبة بها (٢) .

ومن ناحية أخرى نصت الفقرة الثانية من المادة (٨٧٩) على انه :ـ(فاذا كانـت المجاوزة التي يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة ،جاز لرب العمل ان يتحلل مـــن العقد .فان اراد التحلل وجب أن يبادر به دون ابطاء مع تعويض المقاول عـــن جميع ما أنفقه من المصروفات وما انجزه من الاعمال دون ما كان يستطيع كسبـــه لو انه اتم العمل) .

فهذا النص تكفل ببيان الحكم في حالة ما اذا كانت المجاوزة جسيمة .

ويستخلص من هذا النص انه أذا كانت المجاوزة جسيمة ،فان رب العمل يكون بالخيار بين امرين:ـ الامر الاول أن يبقى مقيدا بالمقاولة ويطلب من المقاول اتمام العمل وفي هذه الحالة يزيد الاجر بما يتناسب مع الزيادة الجسيمة ويبقى عقـــد

---

(١) السنهوري ـ المصدر السابق ـ ص ١٦٥ ـ انظر ايضا قرار محكمة التمييـز المرقم ٣٣٦ السالفة الذكر .

(٢) السنهوري ـ المصدر السابق ـ ص ١٦٦ .

المقاولة نافذا بجميع شروطه . والامر الثاني أن يتحلل رب العمل من المقاولة اذا راى ان الزيادة الجسيمة في الاجر مرهقة له . وفي هذه الحالة يطلب من المقاول وقف العمل دون ابطاء .

فاذا ابطأ في هذا الطلب بلا مبرر ،كان للمقاول ان يمضي في العمل ويفترض أن رب العمل قد اختار الامر الاول ،اى ابقاء المقاولة مع الزيادة في الاجر . فاذا تقدم رب العمل بهذا الطلب ،وجب على المقاول أن يقف تنفيذ العمل، ويتحلل رب العمل من المقاولة .

ولكن يجب عليه أن يعوض المقاول عن جميع ما انفقه من المصروفات وما انجزه من الاعمال لدون ان يعوضه عما كان يستطيع كسبه لو انه اتم العمل (١)

ثانيـــا :ـ الاتفاق على اجر اجمالي على اساس تصميم معين

تنص المادة (٨٧٧) من القانون المدني العراقي على ما يأتي :

أذا ابرم العقد باجرة حددت جزافا على اساس تصميم اتفق عليه مع رب العمـل ، فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة على الاجرة حتى لو حدث في هذا التصميـــم تعديل أو أضافة ، الا أن يكون ذلك راجعا الىخطا مـ رب العمـل اوان يكـون ماذونا له منه وقد اتفق مع المقاول على اجرته . ويجب أن يحصل هذا الاتفـــاق كتابة .ألا اذا كان العقد الاصلي ذاته قد اتفق عليه مشافهه) .

يتبين من هذا النص انه ابرم العقد بأجر اجمالي ،او كما يقـول النص (بأجـرة

يتبين منهذا النص انه اذا ابرم العقد بأجر اجمالي ،او كما يقول النص (باجرة حددت جزافا) ،على اساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل فالقاعدة العامة هـــي عدم جواز تعديل الاجر المتفق عليه ، وليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الاجر

(١) السنهوري ــ المصدر السابق ــ ص ١٦٧ ــ ١٦٨ .

فني او علمي في هذا التصميم تعديل او اضافة (١) ·

ومع ذلك فهناك استثناء ان يجوز فيهما زيادة الاجر · الاستثناء الاول نصت عليه المادة (٨٧٧) السالفة الذكر ، وهو اذا كان التعديل او الاضافة في التصميم بسبب خطأ رب العمل او بناء على اتفاق بين المقاول ورب العمل ·

والاستثناء الثاني هو انهيار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من المتعاقدين ·

ونبحث كلا من هذين الاستثنائين في حالتين :-

الحالـــة الاول :-

وتتمثل في امرين نصت عليهما المادة (٨٧٧) وهما :

الاول :-

اذا كان التعديل او الاضافة في التصميم بسبب خطأ رب العمل ·

الثاني :-

اذا كان التعديل او الاضافة بناء على اتفاق المقاول ورب العمل (٢) ·

الامـــر الاول :-

اذا كان التعديل او الاضافة في التصميم بسبب خطأ مـــن رب العمل · فاذا ارتكب رب العمل خطأ وتسبب هذا الخطأ في زيادة النفقـــات اللازمة لتنفيذ العمل ، فان المقاول يستحق زيادة في الاجر المتفق عليه يحسب بقدر ما زادت به نفقاته ، كان يقدم رب العمل للمقاول معلومات خاطئة عن الابعـــاد

---

(١) لمزيد من التفصيل انظر السنهوري-المصدر السابق - ص ١٧٢-١٧٥ محمد لبيب شنب-المصدر السابق -ص ١٦٤-١٦٦ ·انظر ايضا قرار محكمة التمييز رقم ٦٨٧/م١/٦٧ في ٢٩/٤/٧٦ الذى ذهبت فيه الى انه ليس للمقاول المطالبة بقيمة عمل ثبت قيامه بهخلافا لشروط العقد ·(مجموعة الاحكام الدولية -العدد الثاني - السنة السابعة -ص ٩٦ ·)

(٢) السنهوري - المصدر السابق - ص ١٧٢-١٧٥ ،محمد لبيب شنب المصـدر السابق -ص ١٦٦-١٦٧ ·

للتي يريدها للبناء ، أو انه قدم له ارضا لايملكها كلها فاضطر المقاول ان يهدم في الجزء الذى لايملكه رب العمل وأن يعدل في التصميم على مقتضى المساحـــــة الحقيقية التي يملكها رب العمل (١) .

الامــر الثانــي :ـ

اذا كان التعديل او الاضافة في التصميم بناء على إتفاق مع رب العمل فلا يجوز للمقاول أن يجري اي تعديل او اضافة في التصميم المتفق عليـــه... الا بموافقة رب العمل .ولكن اذا أذن له رب العمل بذلك واتفق مع المقاول علـــى مقدار الاجر الزائد الذي سينجم عن التعديل او الاضافة فانهيجوز في هــذه الحالة أن يرجع المقاول بالزيادة في الاجر بشرط أن يكون الاتفاق مكتوباً اذا كان عقد المقاولة الاصلـــي مكتوبا .

واشترط المشرع أن يكون الاتفاق على الزيادة في الاجرة مكتوبا اذا كان عقـــد المقاولة الاصلي مكتوبا ليس الا تطبيقا للقواعد العامة ،فانه اذا كان عقد المقاولـة مكتوباً ،فلا يجوز اثبات الزيادة في الاجر الا بالكتابة .

ومن ذلك نرى أن الكتابة ليست لازمة للاثبات (١) .

الحالـــة الثانية :ـ

اذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزاماتكل منرب العمل ولمقاول(نظرية الظروف الطارئة) . تنص المادة (٨٧٨) من القانون المدني العراقي على ما يأتي :ـ (ليس للمقاول أذا ارتفعت اسعار المواد الاولية واجور الايدى العاملة أن يستنــد

---

(٢) واكدت محكمة التمييز في قرار لها بانه ليس للمقاول المطالبة باجره الزيادة الحاصلة في العمل الذى حدثت اجرته جزافا .الا اذا كان حصول الزيادة خطأ رب العمل او بإذنه وقد اتفق مع المقاول على اجرته على ان يجعل هـــــذا الاتفاق كتابة (قرار رقم ١٤٢٨/م٣/١٩٧٣ في ٧٤/٣١٦ ـالنشرة القضائيـة عدد ١ص ١٦١) .

(١) لمزيد من التفصيل انظر السنهوري ـ المصدر السابق ـ ١٧٩ ،محمد لبيب شنب ـ المصدر السابق ـ ص ١٦٧ـ١٦٨ .

الى ذلك ليطلب زيادة في الاجرة حتى ولـــو بلـغ هـذا الارتفاع حدا يجعل تنفيذ العقد عسيرا . على انه اذا انهارا التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل المقاول انهيارا تاما بسبب حوادث لم تكن في الحسبان وقت التعاقد وانعدم بذلك الاساس الذى قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة ،جاز أن تقضي بزيـادة في الاجرة او فسخ العقد) .

يتضح من هذا النص ان المشرع قد حرص على انه لا يكون لارتفاع تكاليف العمل اثر في مدى الالتزاما تالتي يرتبها العقد . وهو نص له مقابل في غالبية التقنيات العربية . فالاصل العام يقضي بان ارتفاع تكاليف العمل كارتفاع المواد الاولية واجور الايدى العاملة او غيرها من التكاليف لا يكون له اثـر في مدى الالتزامات التي يرتبها العقد .

ومن ثـم فلا يجوز للمقاول عند ارتفاع هذه التكاليف أن يطلب زيادة في الاجر ولكن اذا كان على المقاول ان يتحمل عبء ارتفاع اسعار المواد الاولية واجـور الايدى العاملة وغيرها من التكاليف ، فذلك انما يكون على اساس أن هـــــذا الارتفاع متوقــع .

لكن أذا تعلق الامر بارتفاع غير متوقع في الاسعار والاجور ،كأن قامت حـرب مثلا وتوقف انتاج المواد اللازمة للعمل ، فارتفعت اسعارها اضعافا مضاعفة عمـا كانت عليه وقت ابرام العقد فالامر يختلف ،فمثل هذا الارتفاع فيالاسعار لم يكن متوقعا وقت ابرام المقاولة ،ولم يكن من الواجب على المقاول مراعاتــه ،وبالتالـي فلا يكون مقصرا اذا لم يعمل له حساب عند تحديد الاجرة اجمالا . وبذلك ينتفي الاساس الذى يوجب تحميل المقاول عبء هذه الاحداث (١) .

وقد اقر المشروع هذا النظر . فبعد أن قرر في صدر المادة (٧٨٧) انه ليس للمقاول ان يطالب بزيادة في الاجرة استنادا الى ارتفاع اسعار المواد الاوليـــة واجور الايدى العاملة ،نص في العبارة الاخيرة من هذه المادة على ما يأتي :

(١) محمد لبيب شنب – المصدر السابق –ص ١٧٤ .

(على انه اذا انهار التوازن الاقتصادى بين التزامات كل من رب العمل والمقاول
انهيارا تاما بسبب حوادث لم تكن في الحسبان وقت التعاقد ،وانعدم بعد ذلك
الاساس الذى قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة ،جاز للمحكمة أن تقضي بزيادة
في الاجرة او بفسخ العقد) .

وهذا النص تطبيق واضح لنظرية الظروف الطارئة في عقد المقاولة التي قررتها الفقرة الثانية من المادة(١٤٦)من القانون المدني العراقي[١]والتي تنص الاتي:ـ (على أنه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ،وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ،وان لم يصبح مستحيلا ،صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول أن اقتضت العدالة ذلك ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك) .

وشروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة في ضوء نص المادة (٧٨٧) هي نفس شروط تطبيق النظرية في مبدأها العام (٢) ، كما يتبين من المقارنة ما بين نص هذه المادة ونص المادة (١٤٦) (٣) .

ويظهر من نص المادة (٨٧٨) انه يشترط لجواز اجرة المقاول ان يتوافر شرطان :

الشرط الاول :ـ

أنينهار التوازن الاقتصادى بينالتزامات كلمنرب العمل والمقاول، ويتداعى بذلك الاساس الذى قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة وينهار معه التوازن الاقتصادى بين التزامات المقاول والتزامات رب العمل .

---

(١)غازي عبد الرحمن التوازن الاقتصادى فيالعقداثناء تنفيذه/ منشورات مركز البحوث القانونية بغداد ١٩٨٦ ص ٥٣ . قرار محكمة التمييز رقم ٧١٤ و ٧١ و ٨٤٥/ م١/ ١٩٧٩ في ١٩ / ١ / ١٩٨٠ .

(٢) السنهوري ـ المصدر السابق ـ ص ١٨١ .

(٣) لمزيد من التفاصيل في نظرية الظروف الطارئة وشروط تطبيقها انظر السنهوري ـ الجزءالاول ـ فقرة ٤٠ .

ويجب ان تكون الحوادث عامة ، اى غير خاصة بالمقاول وحده ، كقيام حرب مثلا ،وأن تهدد المقاول بخسارة فادحة ،أى أن من شأن هذه الحوادث العامة ان تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا وعسيرا (١)

وتقدير ما اذا كان المقاول مهددا ،وبالتالي كون التوازن الاقتصادى بين التزامات كلمن المتعاقدين قد انهار ،مسالة موضوعية يفصل فيها قاضي الموضوع مستهديا بظروف كل دعوى ،مع مراعاة الاعتداد بالظروف الخاصة بالمقاول من حيث غناه او فقره ،اذ يجب ان يقدر الارهاق تقديرا موضوعيا لاينظر فيه الى المقاول المقصود بالذات ،بل الى مقاول عادى لو وجد في مثل ظروف هذا المقاول في ضوء ما يلتزم به بالمقابلة الى التزامات رب العمل (٢) ٠

الشـرط الثانـي :ـ

ان يكون هذا الانهيار بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان ٠فلا يكفي ان ينهار التوازن الاقتصادى بين التزامات كل من الطرفين ،بل يجب أن ينشأ هذا الانهيار عن حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وهذا يستوجب :ـ

١ ـ أن تطرأ بعد ابرام العقد حوادث او ظروف لم تكن موجودة وقت التعاقد ٠

٢ ـ أن تكون هذه الحوادث عامة ،اى غير خاصة بالمقاول ٠ بل شاملة لكل الناس او لطائفة غير محددة منهم ،كحرب او فيضان (٣) ٠

٣ ـ أنتكون هذه الحوادث استثنائية ولم تكن فيالحسبان وقت التعاقد ،ويقصد

---

(١) قرار محكمة التمييز رقم ٣٤٨/م١/٧٣ في ٧٣/٧/٢٢ الذى جاء فيه انه ليس للمقاول ان يطلب زيادة مبلغ المقاولة بحجة ارتفاع الاسعار اذا كانت الزيادة المطالب بها ضئيلة بالنسبة لمجموع مبلغ المقاولة ٠(النشرة القضائية ـ عدد ٤ ـ السنة الرابعة ص ١٥١) ٠

(٢) السنهوري ـ المصدر السابق ص ٨٤١ ،محمد لبيب شنب ص ٥٧١

(٣) قرار محكمة التمييز رقم ٩٢٣ / ح / ١٩٦٦ في ٢٤ / ١١/ ١٩٦٦ ـ قضاء محكمة التمييز ـ المجلد الرابع ١٩٦٦ ص ١٢٧ ٠

بذلك أن يكون حوادث نادرة اوغير عادية او غير مالوفة،ولم يتوقع المتعاقدان حصولها ،وان يكون مما لايستطاع دفعها (١) .

ومعيار التوقع اوالحسبان معيار موضوعي ،فلا ينظر فيه الى ما توقعه اوحسبه المتعاقدان فعلا ،بل الى ما كان يجب ان يتوقعه شخص عادى لو وجد في مثـــل ظروفهما بحسب السير العادى للامور (٢) .

فاذا توافر هذان بالشرطان ،كان للمقاول ان يطالب بزيادة الاجر المتفق عليـه، فان لم يرض رب العمل بهذه الزيادة كان للمقـاول أن يلجا الى القضـاء طالبـا الحكم بها او بفسخ العقد، وللقاضي سلطة تقديرية في نظر هذا الطلب،فلا يتقيد بالحكم بالفسخ ولو طلبه المقاول بل له أن يحكم بزيادة الاجر ،اى الابقاء علـى العقد ، أذا ابدى رب العمل قبوله لذلك .

كما أن للقاضي لايتقيد بالحكم بزيادة الاجر ،بل له ان يحكم بالفسخ ولو لم يطلبه المقاول وذلك أذا كان يترتب على زيادة الاجر ارهاق رب العمل مثلا .

ولكن أذا حكم القاضي بزيادة الاجر، فهل يتحتم عليه أن تكون هذه الزيـــادة مساوية لقيمة الزيادة في نفقات المقاول بسبب الحوادث الاستثنائية ؟

لو اجرنا ذلك لكان معناه تحميل رب العمل وحده عبء الحوادث الاستثنائية العامة ولايتفق ذلكمع العدالة التياوحت بها المادة(٨٧٨)،ولا معنظرية الظروف الطارئة التي أخذ بها المشرع في المادة (١٤٦) ،والتي اعتبرت المادة (٨٧٨) مجرد تطبيق خاص لها بعقد المقاولة (٣) .

---

(١) انظر قرارمحكمة التمييز رقم ٥٨٨/م٢/٧٣ في ٢٢/٤/٧٤ والذى ذهبت فيه الى أن للمقاول أن يتمسك بالظروف الطارئة الناتجة عن الامطار والفيضانات وان اشترط خلاف ذلك ، ما دامت الامطار قد هطلت بصورة غير اعتياديـــة ولا متوقعة .. (النشرة القضائية ــ العدد الثاني السنة الخامسة ص ٩٣) .

(٢) محمد لبيب شنب ــ ص ١٧٧ ، انظر ايضا قرار محكمة التمييز رقم ٢٢٦ تصحيح قرار ١٩٦٨ / في ١٣/٧ / ١٩٦٨ ــ النشرة القضائية عدد ١١٢ ــ السنة الثانية ١٩٧٢ ص ١٤٥ .

(٣) مذكرة المشروع التمهيدى (مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنـــي المصرى) جـ ٥ ص ٤٢ .

المتوقع من المقاول ، ويكون ذلك بتحميل المقاول الارتفاع المألوف في اسعار المواد الاولية واجور العمال .أما القدر غير المألوف من الارتفاع فيوزع على المقاول ورب العمل .

ورغم أن النص قد قصر الجزاء على زيادة الاجر او الفسخ .فانه يجوز للقاضي تطبيقا لنص المادة (١٤٦)، وهو نص عام .أن يوقف تنفيذ المقاولة حتى يـــزول الحادث الطارئ، اذا كان وقتيا وينتظر زواله بعد وقت قصير (٢) وكان ذلك لايفوت على رب العمل الفائدة التي يقصدها من وراء انجاز العمل (٣)

ثالثـــا :ـ

اجـــر المهنـدس المعمـــاري

تنص المادة (٨٨١) من القانون المدني العراقي على مايأتي : ـ

(١ ـ يستحق المهندس المعماري اجرا مستقلا عن وضع التصميم وعمل المقايسة واخر عن ادارة الاعمال .فاذا لم يحدد العقد هذه الاجور وجب تقديرها وفقا للعرف الجاري .

٢ ـ غير انه اذا لم يتم العمل بمقتضى التصميم الذى وضعه المهندس وجـــب تقدير الاجرة بحسب الزمن الذى استغرقه وضع التصميم ،مع مراعاة طبيعة هذا العمل) .

يتضح من هذا النص أن الاصل في تحديد مقدار الاجر الذى يتقاضاه المهندس هو الاتفاق بينه وبين رب العمل . أما اذا لم يوجد اتفاق على مقدار الاجـــر، فالمفروض مع ذلك أن المهندس يعمل بأجر ويرجع في تقدير هذا الاجر الى العرف الجارى في مهنة المهندسين المماريين .

والغالب أن الاتفاق يحدد اجرا للمهندس على وضع التصميم والمقايسة واجرا اخر مستقلا من ادارة الاعمال والاشراف على التنفيذ . هذا اذا كان كـل ذلـك معهودا به الى المهندس . أما اذا عهد اليه بعمل دون أخر فالاتفاق يحدد اجـــرا واحدا على هذا العمل .

---

(٢) السنهورى ج١ ،صـ ٦٤٧، عبد الحي حجازى في نظرية الالتزام طبعة ١٩٦٠ص ٢٦٢ ، محمد لبيب شنب ص ١٧٨ .

(٣) السنهورى ـ المصدر السابق ـ ص ١٨٥ .

وكذلك تبين لنا الفقرة الثانية من المادة السالفة الذكر احد الاستثناءات التي يجوز فيها تعديل الاجر المتفق عليه اذا كان هناك اتفاق على مقدار الاجر ،أو في الاجر المقدر بحسب العرف الجارى أذا لم يكن هناك اتفاق .

وهذا الاستثناء الذى نصت عليه الفقرة اعلاه لايجعل للمهندس حقا في اجره كاملا اذا لم يتم العمل بمقتضى التصميم ،بل جعل تقدير اجر المهندس في هذه الحالة يحسب مقدار الزمن الذى استغرقه المهندس في وضع التصميم مع مراعاة كفاءة المهندس وسمعته في تقدير أجرة بحسب الزمن وبحسب طبيعة التصميم من حيث من حيث الدقة والصعوبة الفنية .

وغالبا ما يكون تقدير الاجر على هذا النحو من شأنه ان يجعل الاجر اقل من الاجر المتفق عليه او من الاجر المقدر بحسب العرف الجارى .

ويعلل ذلك بأن رب العمل لم يستفد شيئا من التصميم ،وقد عوض المهندس عن عمله تعويضا كاملا ،وان هذا التعويض اقل من الاجر المستحق له (١) .

جزاء اخلال رب العمل بالتزامه بدفع الاجر :

اذا لم يدفع رب العمل الاجر وقت استحقاقه او تأخر في الدفع ،أو لم يدفع في المكان الواجب الدفع فيه، أو اخل بأى التزام من التزاماته المتعلقة بدفع الاجر، فللمقاول أن يطلب التنفيذ العيني ،فيستصدر حكما على رب العمل بالاجر المستحق ،وله ان يطلب فوق ذلك تعويضا عن جميع ما اصابه من ضرر من جراء اخلال رب العمل بالتزامه .

وللمقاول وهو يقوم بالتنفيذ العيني على اموال رب العمل أن يستعمل حقه في الامتياز حيث يقرر له القانون حقا في ذلك (م١٣٧٩ مدني) .

(١) السنهوري ـ المصدر السابق ـ ص ١٩٣ ،كمال قاسم ثروت ـ المصدر السابق ج٣ ، ص ٣٢٥ .

والمقاول بدلا من التنفيذ العيني ، أن يطلب فسخ عقد المقاولة ، وطلبه هذا يكون خاضعا لسلطةالقاضي التقديريةفي اجابةطلبه معالتعويض اذا كان لهمقتضى وللمقاول بالاضافة الى ما تقدم أن يحبس العمل المكلف بأنجازه حتى يستوفي اجره ·وتسرى في حق الحبس المقرر للمقاول حتى يستوفي حقه القواعد العامة المقررة في الحق في الحبس ·

ولما كان حق الحبس غير قابل للتجزئة ،فانه يجوز للمقاول أن يحبس كل العمل حتى يستوفي كامل اجره ·

ولكن أذا كان العمل مقسم الى اجزاء يستحق المقاول اجرا عن كل جزء يتم انجازه،فأن حق الحبس لا يقع الا على الاجزاء التي لم يدفع الاجرالذييقابلها(١)

(١) السنهوري — المصدر السابق — ص ٢٠٥ ، محمد كامل مرسي — المصدر السابق — ص ٥٢٨ ·

الفصـــل الثالث

المقاولـــة مـــن الباطـــن والتنازل عن المقاولـــة

نستعرض كلا من المقاولة من الباطن والتنازل عن المقاولة في مبحثين :ـ

المبحث الأول

المقاولـــــة مـــــن الباطـــــن :

عقد المقاولة من الباطن هو العقد الذى بمقتضاه يتعامل المقاول ، الذى عهـد إليه بتنفيذ عمل ، مع مقاول أخر من اجل تنفيذ هذا العمل كله او جزء منه.

فالمقاول لا تكون لـه صفة المقاول الا مع رب العمل ، اما بالنسبة الى من تعامل معه (أى المقاول من الباطن) (١) فتكون له صفة رب العمل . ويلجأ الىالمقاولمن الباطن عادة في العمليات الجسيمة التي تتناول اعمالا مختلفة فالمقاول الذى يقبـل المقاولة يتفق مع مقاولين من الباطن للقيام بتنفيذ الاجزاء المتعددة المتعلقة بحرف مختلفة ، ويحتفظ لنفسه بالاشراف وتنسيق الاعمال (٢) .

هذا وقد اجازت الفقرة الاولى من المادة (٨٨٢) مـــن القانون المدني العراقـي للمقاول أن يعهد بالعمل او في جزء منه الى مقاول اخر ،ما لم يمنعه من ذلك شرط في العقد ،أو تكون طبيعة العمل تتطلب الاعتماد على الكفاءة الشخصية للمقاول ، كأن يكون العمل محل المقاولة عملا فنيا ركن فيه رب العمل الى كفـــاءة المقاول الشخصية في هذا العمل او ما اشتهر عنه في ادائـه .

فعندئذ يتحتم أن يقوم المقاول بالعمل شخصيا . وغني عن البيان أن هذا المنع لايحول دون المقاول وبين الاستعانة باشخاصاخرين ،فنيين او غير فنيين في انجاز العمل ، ما دام هؤلاء الاشخاص ليسوا مقاولين ثانويين (مقاولين من الباطن) ،بل يعملوا عند المقاول بعقد عمل لا بعقد مقاولة .

---

(١) ويسمى ايضا بـ(المقاول الثاني)، او بـ(مقاول المقاول) او (بالمقاول الفرعي)

(٢) محمد كامل مرسي ــ المصدر السابق ــ ص٥٢٩ .

فاذا لم يكن هناك شرط مانع أو لم تكن شخصية المقاول محل اعتبار عند التعاقد ، وعهد المقاول بتنفيذ العمل كله او بعضه الى مقاول من الباطن فان المقاولة من الباطن تكون صحيحة وتنفذ حتى في حق رب العمل .(١)

وتكون العلاقة ما بين المقاول الاصلي والمقاول من الباطن ، علاقة رب عمل بمقاول ينظمها عقد المقاولة من الباطن ، فيكون المقاول الاصلي بالنسبة الى المقاول من الباطن رب عمل ، وعليه جميع التزامات رب العمل ، كما يكون المقاول من الباطن بالنسبة الى المقاول الاصلي مقاولا عليه جميع إلتزامات المقاول (عدا الاحكام الاستثنائية المتعلقة بالضمان الخاص في المباني والمنشآت الثابتة المنصوص عليها في المادة ٨٧٠) .

ولكن المقاول الاصلي يسأل ازاء رب العمل عن اعمال المقاول من الباطن وقد نصت على هذا الحكم الفقرة الثانية من المادة (٨٨٢) ، فاذا اخل المقاول من الباطن بالتزامه طبقا للشروط والمواصفات المتفق عليها ولاصول الصنعة ، او بالتزامه بتسليم العمل بعد انجازه او ظهر في عمله عيب ، كان المقاول الاصلي مسؤولا عن ذلك قبل رب العمل (م٨٨٢/٢ مدني) (٢) اما المقاول من الباطن فيكون مسؤولا عن ذلك قبل المقاول الاصلي .

وجدير بالذكر ان مسؤولية المقاول الاصلي عن اعمال المقاول من الباطن هي مسؤولية عقدية تنشأ من عقد المقاولة الاصلي وليست مسؤولية متبوع عن تابعه ، فالمقاول من الباطن يعمل مستقلا عن المقاول الاصلي ولا يعتبر تابعا له .

---

(١) انظر قرار محكمة التمييز رقم ٣٨٥/م١/٧٤ في ١٩/٢/٧٥ والذى جاء فيه انه يجوز للمقاول ان يكل تنفيذ العمل بجملته او بجزء منه الى مقاول آخر ويكون للمقاول الثاني حق مطالبة رب العمل مباشرة بما له في ذمة المقاول الاول بشرط ان لايتجاوز القدر الذى يكون رب العمل مدينا به للمقاول الاصلي مالم يوجد شرط في عقد المقاولة يمنع المقاول من التنازل لغيره (مجموعة الاحكام العدلية ـ العدد الاول ـ السنة السادسة ص ٩٢) .

(٢) انظر قرار محكمة التمييز رقم ٢٩٠/م٢/٧٥ في ٧/٧/٧٥ والذى جاء فيه : يسأل المقاول الاصلي عن الاضرار التي يحدثها المقاول الثانوى الذى عهد اليه بالعمل (مجموعة الاحكام العدلية ـ العدد الثالث ـ السنة السادسة ـ ص٦٥) .

وتقوم هذه المسؤولية على افتراض ان كل اعمال المقاول من الباطن تعتبر بالنسبة الى رب العمل اعمالا صادرة من المقاول الاصلي ومن ثم يكون مسؤولا عنها .

ولما كانت المسؤولية هنا عقدية فانه يجوز الاتفاق على ما يخالفها ، فيجوز أن يشترط المقاول على رب العمل الا يكون مسؤولا عن المقاول من الباطن كما يجوز ان يقبل رب العمل حلول المقاول من الباطن محل المقاول الاصلي في كل حقوقه والتزاماته ،فتتحول المقاولة من الباطن الى تنازل عن المقاولة وتسرى عليها احكام الحوالة كما سيأتي بيانه .

والاصل أن لاتقوم علاقة مباشرة ما بين رب العمل والمقاول من الباطن، اذ لا يربطهما اى تعاقد ،فلا يطالب ايهما الاخر مباشرة بتنفيذ التزاماته ،وانما يكون للمقاول من الباطن طبقا للقواعد العامة ،أن يرجع على رب العمل في خصوص المقابل المستحق له قبل المقاول الاصلي ،وذلك عن طريق الدعوى غير المباشرة يرفعها باسم المقاول الاصلي يطالب فيها بما هو مستحق في ذمة رب العمل للمقاول الاصلي .

ولكن هذه الدعوى غير المباشرة تسمح لدائني المقاول الاصلي أن يزاحموا المقاول من الباطن ،فلا يستأثر وحده بما يستخلصه من رب العمل ،بل يقاسمه فيه سائر دائني المقاول الاصلي مقاسمة الغرماء ،ومن اجل هذا حمى المشرع المقاول من الباطن مزاحمة دائني المقاول الاصلي باعطائه دعوى مباشرة وحق امتياز يجنبانه مزاحمة دائني المقاول الاصلي . كما مد هذه الحماية الى عمال المقاول الاصلي وعمال المقاولة من الباطن .

لان هؤلاء العمال لا يقلون في الحاجة الى الرعاية عن المقاول من الباطن (1).

---

(1) لمزيد من التفاصيل انظر البحث القيم (مسؤولية المقاول الثانوي) لزميلنا الدكتور سعيد مبارك السنهوري - المصدر السابق ص ٣١٢ - ٣٢٤ ، كمال قاسم ثروت - المصدر السابق -ج٢- ص٢٥٠-٢٨٢ . انظر ايضا قرار محكمة التمييز رقم ٤٣٤/م١/٧٦ في ٧٦/١٠/٢٧ -مجموعة الاحكام العدلية - العدد الرابع - السنة السابعة ص٧٧ .

ويتحدد محل الامتياز بالمبالغ التي تكون واجبة على رب العمل وقت الحجز بمقتضى عقد المقاولة الذى اشترك العمال والمقاول من الباطن في تنفيذه (١)

وقد نصت على هذه الاحكام المادة (٨٨٣) من القانون المدني العراقي بقولها :ـ

(١ ـ يكون للمقاول الثاني وللعمال الذين اشتغلوا لحساب المقاول الاول في تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لهم في ذمة المقاول بشرط ان لا يتجاوز هذا القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الاصلي ، وقت رفع الدعـــــوى، ويكون لعمال المقاول الثاني مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الاصلي ورب العمل.

٢ ـ ولهم في حالة توقيع الحجز من احدهم على ما تحت يد رب العمل او المقـــاول الاصلي امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الاصلي او للمقاول الثاني وقت توقيع الحجز. ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه ·ويجوز اداء هذه المبالغ اليهم مباشرة

٣ ـ وحقوق المقاول الثاني والعمال المقررة في هذه المادة مقدمة على حقوق مـــــن يتنازل له المقاول عن حقه قبل رب العمل) ·

وهــذه الاحكام لها مقابل في جميع التقنيات العربية ·

---

(١) محمد لبيب شنب ـ المصدر السابق ـ ص١٦١ ·

المبحث الثاني

التنازل عن المقاولة

لم يعرض القانون المدني العراقي للتنازل عن المقاولة كما عرض للمقاولة من الباطن(1) وذلك لان التنازل عن المقاولة اقل وقوعا في الحياة العملية من المقاولة من الباطن ، واذا وقعت فيكفي في تنظيمها القواعد العامة(2) .

ويأخذ التنازل عن المقاولة احدى الصورتين :ـ

الصورة الاولى :ـ

أن يتنازل المقاول للغير عن جميع عقد المقاولة بما يشتمل عليه من حقوق والتزامات . وتطبيقا للقواعد العامة يحل المتنازل له محل المتنازل (المقاول) في جميع حقوقه والتزاماته قبل المتعاقد الاخر (رب العمل) ،ويصبح هو المقاول تجاه رب العمل .

ويجب في هذه الحالة تطبيق قواعد حوالة الحق فيما يتعلق بنقل حقوق المقاول الاصلي ،وقواعد حوالة الدين فيما يتعلق بنقل التزاماته .

وعليه فان انتقال التزامات المقاول الى المتنازل له يكون موقوفا على قبول رب العمل (م٣٤٠/١ مدني)

---

(1) ولكن مشروع القانون المدني نص في المادة ٨٢٦ منه على ما يأتي :(لايجوز ان يتنازل المقاول عن المقاولة او يعهد بتنفيذها الى مقاول أخر الا بعد موافقة صاحب العمل التحريرية) . وكذلك نصت المادة الثالثة من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية على ما يلي : (لايجوز للمقاول بدون موافقة تحريرية مسبقة من رب العمل التنازل عن المقاولة او اى جزء منها او اية منفعة او مصلحة له فيها أو بموجبها) .

(2) السنهوري ـ المصدر السابق ـص ٢٠٦ ـ ٢٠٧ .

اما بالنسبة الى انتقال حقوق المقاول الى المتنازل له، فان ذلـك لا يتم الا باتفاق بين المقاول المتنازل والمقاول المتنازل له . ولكن التنازل لايكون ساريا في حـق رب العمل الا اذا اعلن أليه (م ٣٦٣ مدني) .

الصــــورة الثانيـــة :ـ

أن يتنازل رب العمل عن عقد المقاولة .كأن يبيع الارض التي قاول على انشاء بناء فيها ويتنازل في الوقت نفسه للمشتري عن عقد المقاولة وما ينشأ عنه مـــن حقوق والتزامات .

فالمتنازل هنا هو رب العمل وليس المقاول، وفي هذه الحالة يحل المشتري (المتنازل له) محل رب العمل (المتنازل) في جميع حقوقه والتزاماته الناشئة عن عقد المقاولة.

وغني عن البيان أن للمقاول ايضا ان يتنازل عن مستحقاته (الاجر) قبـــل رب العمل لشخص ثالث عن طريق حوالة الحق ،وعندئذ تطبق احكامها ، والتي يكفـي لسريانها في حق رب العمل اعلان الحوالة اليه (م٣٦٣ مدني) .

الباب الثالث

انتهاء عقد المقاولة :ـ

هناك اسباب عامة واسباب خاصة ينتهي بها عقد المقاولة .

اولا : الاسباب العامة لانتهاء عقد المقاولـــة :ـ

ينتهي عقد المقاولة بالاسباب التي تنتهي بالعقود عموما . فهو ينتهي انهاء بالوفا اذا ما قام طرفاه بتنفيذ التزاماتهما ،ولا يتخلف بعد ذلك الا التزام المقــاول بالضمان ،كما هو الحال في ضمان المهندس المعمارى والمقاول لعيوب البناء والمنشآت الثابتة الاخرى مدة عشر سنوات من وقت التسليم (م٨٨٤ مدني) .

وكذلك قد ينتهي عقد المقاولة دون تنفيذ وفقا للقواعد العامة كما لو اتفق طرفاه على انهائه ،وهذا هو التقايل من العقد (الاقالة) ، او اخل احدهما بالتزاماتــه المتعاقدالاخر بفسخ العقد .

وينقضي عقد المقاولة ،طبقا للقواعد العامة ،باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه. وقد حرص المشرع أن ينص على ذلك صراحة في الفقرة الاولى من المادة (٨٨٦) مــن القانون المدني العراقي بقولها :ـ(تنتهي المقاولة باستحالة تنفيذالعمل المعقود عليه)

وتختلف الاثار المترتبة على استحالة التنفيذ بحسب مـا اذا كانت هـــذه الاستحالة راجعة الى خطأ المقاول ،او الى خطأ رب العمل ،أو كانت بسبب اجنبي. وقد سبق لنا الكلام عن هذه الاثار عند الكلام عن استحالة تسليم العمل .

كذلك تنتهي المقاولة بانقضاء المدةالمحددة لها اذاكان العمل المتفق‌عليه متجددا يقترن بمدة معينة ينجز خلالها ، كعقود الصيانة .

ثانيــا : الاسباب الخاصة لانتهاء المقاولة :ـ

تنتهي المقاولة بسببين لاتنتهي بها العقود المالية عادة وهما :ـ

١ ـ تحلل رب العمل من المقاولة بارادته المنفردة .

٢ ـ موت المقاول أذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في العقد .